Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit nach den Strafgesetzentwürfen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
Einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Gerichtsassessor Karl Lillich

aus Karlsruhe i. B.

1932.

Referent: Kanzler Professor Dr. Hegler.

Genehmigt im November 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck von Oertel & Spörer, Reutlingen

Literaturverzeichnis

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922. (Allfeld.)

Alsberg, Die Schuld (§§ 12—19 AE. 25) in Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1926, herausgegeben von Achrott und Kohlrausch. (Alsb. Ref. 26.)

Beck, Das Unrechtsbewußtsein in den deutschen Strafgesetzentwürfen, in Strafrechtliche Abhandl., Heft 226, Breslau 1927. (Beck.)

Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Leipzig 1910. (Unschuld, Schuld.)

— Grundzüge des Strafrechts, 8./9. Aufl. Tübingen 1925.

— Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930.

Bruns, H., Kritik der Lehre vom Tatbestand (1932).

Binding, K., Die Normen, Bd. III (1918).

— Die Schuld im deutschen Strafrecht (1919).

Coenders, Zum neuen Strafgesetz, in d. Festschrift: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (RG-Festg.), Band 5, Berlin und Leipzig 1929.

Dohna, Die Rechtswidrigkeit, Halle 1905.

— Recht und Irrtum, Mannheim 1925. (R. u. I.)

— Rechtswidrigkeit und Schuld nach der Reichstagsvorlage, in Leipziger Zeitschrift (LZ.) 1927, Sp. 981 f.

Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1914.

— Irrtum im Strafrecht, Leipziger Zeitschrift 1918, Sp. 801 f.

— Die Straftat. (4. Abschn. des Allg. Teils des Entw. zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, §§ 10—22 E 19), JW. 1922, S. 244.

Eichmann, Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen, Strafr. Abhandl. Heft 255, Breslau 1929. (Eichmann.)

Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930. (Engisch.)

— Besprechung von Eichmann, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (MSchKrPs.) 21, S. 118.

Finger, Lehrb. d. D. Strafr., Bd. I (1904).

Frank, Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs, in der Gießener Festschrift 1907.

— Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. (Frank, 18. Aufl.)

Freudenthal, Schuld und Vorwurf, Tübingen 1922.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung, aufgestellt von Kahl, Lilienthal, Liszt, Goldschmidt (GE.), Berlin 1911.

Gerland, Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs, 1921.

— Der Entwurf 1925 Allgemeiner Teil, Berlin und Leipzig 1925.

Gettler, Zur Frage des Irrtums im Strafrecht, in Deutsche Juristenzeitung (DJZ.), 36. Jahrg. 1931, Sp. 785 f. Anhang: Der junge Jurist.

Gleispach, Der Deutsche Strafgesetzentwurf, Leipzig 1921. (Gleispach 1921.)

— Ueber die Schuld nach dem Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzes, MSchrKrPs. 16, S. 225 f.

Goldschmidt, J., Der Notstand ein Schuldproblem, in Oesterr. Zeitschr. für Strafrecht 4, 129 f.

— Gegenentwurf zu den Abschnitten „Die Straftat" und „Täter und Teilnehmer" des StGesEntw. von 1919, JW. 1922, S. 252 f.

— Normativer Schuldbegriff, in Frank-Festgabe (Fr.-Festg.), Band I, S. 428 f.

Goldschmidt, Werner, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, entwickelt an d. Lehre vom Hausfriedensbruch. Abh. d. Krim. Instituts d. Univ. Berlin, 4. Folge, Bd. 2, Heft 2, 1931.

Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in Fr.Festg. I, S. 1 f.

— Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, 1932.

Hippel, in Vergleichende Darstellungen des Deutschen und ausländischen Rechts, Allgemeiner Teil, Band III.

— Rechtsirrtum und Bundesratsverordnung LZ. 1918, Bd. 11, Sp. 702.

— Der Irrtum im Strafrecht LZ. 1919, Bd. 12, Sp. 1032.

— Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Berlin u. Leipzig, 1924.

— Deutsches Strafrecht, Band II, 1930. (Strafr.)

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z.), Bd. 36, S. 19 f., 184 f.

— Das neue Deutsche Strafgesetzbuch, in Jahreskurse für die juristische Fortbildung, Bd. 3, 1929, S. 129 f.

— Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in Fr.-Festg. I, S. 251 f.

Heims, Zur Lehre vom Schuldbegriff, Z. 40, 580 f., 743 f, Z. 41, 74 f. schen Studiengesellschaft. München 1922, Selbstverlag der Jur. Studiengesellschaft. (Münchner E.)

Wachenfeld, Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925, in Goltdammers Archiv (Goltd. A.) 69, S. 209f., 257f., 353f.

Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, in Strafr. Abh., Heft 211, 1926.
Köhler, Schuld als Grundlage des Strafrechts, in Gerichtssaal 95, S. 437 f.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin 1903.
— Die Schuld, in Reform des Reichsstrafgesetzbuchs 1910, S. 179 f. (Reform 1910).
— Der allgemeine Teil des E. 25, in Reform 1926, S. 3 f.
Liepmann, Die Reform des deutschen Strafrechts, Hamburg 1921.
Lukas, Der Rechtsirrtum nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, in DJZ. 1914, Sp. 249 f.
Mayer, M. E., Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg 1923. (M. E. Mayer.)
Merkel, P., Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtum, in JW. 1924, S. 1677 f., 1925, S. 893 f.
Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschr. f. Träger, 1926.
— Strafrecht, 1931.
Radbruch, Regierungsvorlage 1922 und Reichsratsvorlage 1924, Z. 45, S. 417 f.
— Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Fr.-Festg. I, S. 158 f.
Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, in Fr.-Festg. II, S. 1 f.
Rümelin, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1908.
Schlegel, Das Unrechtsbewußtsein im Strafrechtlichen Schuldbegriff, Gerichtssaal (GS.) 91, S. 230 f.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts, Berlin und Leipzig, 1921.
Schötensack, Die Arten der Rechtssätze, GSaal 83, 1 f.
Schmidt, Eberhard, Liszt-Schmidt, Strafrecht, 25. Aufl., 1927. (Lszt.-Schm.)
Stienen, Die „Schuld" als Strafrechtsfunktion, in MSchrKrPs. 17, S. 177 f.
Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Strafr. Abh. 308. (1932.)
Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchener Juristi-
Weinberg, Der Verbotsirrtum. Bonn 1928.
Weiz, Die Arten des Irrtums, 1931, Strafr. Abh. 286. (Weiz.)
Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht, in RG.-Festg. V, S. 44 f.
Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abhandl., Heft 237, 1928. (Zimmerl, Z. L. v. T.)

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission. Berlin 1909. Mit Begründung. (VE.)

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Gefertigt im Reichsjustizamt. Berlin 1911.

Strafrechtskommission, Protokolle, 1. und 2. Lesung (1911 bis 1913).

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums. Berlin 1920. I. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission 1913. (KE.) II. Teil: Entwurf von 1919. (E. 19.) III. Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919. (Begr. E. 19.)

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1925. (E. 25.)

Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Reichstag. III. 1924/27. Drucksache Nr. 3390. 1927. (E. 27.)

Protokolle des Strafrechtsausschusses:
32. Ausschuß III. Wahlperiode 1924/27.
21. Ausschuß IV. Wahlperiode 1928.
18. Ausschuß V. Wahlperiode 1930.

Drucksache XVI, IV. Wahlperiode 1928. 21. Ausschuß, enthält 1) die Reichstagsvorlage, 2) die Beschlüsse des Ausschusses in 1. Lesung, 3) die Ergebnisse der Deutschen und Oesterreichischen Parlamentarischen Strafrechtskonferenzen.

Drucksache Nr. 2, V. Wahlperiode, 1930, 18. Ausschuß, enthält 1) Regierungsvorlage 1927, 2) Beschlüsse des 21. Aussch. 1. Lesung, 3) Antrag D. Dr. Kahl, 4) Beschlüsse des 21. Ausschusses, 2. Lesung.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Seite

§ 1. Vorläufige Begriffsbestimmung und Begrenzung 1

Erster Hauptteil:

Die Regelung in den Entwürfen 1909-1927 einschließlich der Ergebnisse der Ausschußberatungen.

§ 2. Der Vorentwurf 1909 7
§ 3. Der Gegenentwurf 1911 12
§ 4. Die Entwürfe von 1913 und 1919 15
§ 5. Der Entwurf 1925 19
§ 6. Der Entwurf 1927 25
§ 7. Die Ergebnisse der Ausschußberatungen . 32

Zweiter Hauptteil:

Die Entwicklung der eigenen Ansicht

§ 8. Das rechtswidrige Verhalten als Beziehungspunkt für Schuld und Irrtum.
I. Ueberleitung 35
II. Der Inhalt der Rechtswidrigkeit 36
III. Tatbestandsmäßigkeit, Unrechtausschließung, Rechtswidrigkeit 37

§ 9. Der Vorsatz als Schuldart

I. Begrenzung der Aufgabe 40
II. Die festen Ausgangspunkte 40
III. Schuld als Beziehungsurteil 41
IV. Die Voraussetzungen schuldhaft vorsätzlichen Handelns 41
1. Die Zurechnungsfähigkeit 42
2. Die Kenntnis des rechtswidrigen Verhaltens . . . 42

A) Nach der extensiven Seite

a) Vorstellung betr. Tatbestandsmerkmale . . 42
b) Nichtvorstellung von unrechtausschließenden Umständen 43

B) Nach der intensiven Seite

a) Tatsachenkenntnis 43
b) Bedeutungskenntnis 44

3. Kenntnis der Rechtswidrigkeit in toto Seite

a) Das Problem 47
b) Die eigene Auffassung 50
c) Der Inhalt der Kenntnis 53
4. Die normale Motivationslage 55
V. Die normative Schuldauffassung 55

§ 10. Die Relevanz des Irrtums über die Rechtswidrigkeit
Schema der Probleme 57

I. Das Maß der Beachtlichkeit

1. Die Beachtlichkeit Korrelat der Kenntnis 58
2. Der unentschuldbare Irrtum ü. d. Rwkt. 59
3. Die Rechtsfolgen unentschuldbaren Irrtums ü. d. Rwkt. 60
II. Die Abgrenzung der besonderen Beachtlichkeit . . . 62
1. Der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale 62
2. Der I. betr. unrechtausschließende Umstände . . . 63
3. Der I. betr. Umstände, die eine abnorme Motivationslage nach sich ziehen 65
4. Der I. betr. Tatbestandsmerkmale, soweit die Kenntnis nicht zum Vorsatz erforderlich ist . . . 66
5. Der I. über das Strafgesetz 66
6. Der Irrtum betr. einen unrechtausschließenden Rechtssatz 67
7. Der Irrtum über schuldausschließende Rechtssätze . 67
8. Der I. über die Strafbarkeit bedingende oder sie ausschließende Umstände 67
9. Der Irrtum über die Strafbarkeit 67
10. Der Irrtum über strafmildernde Umstände . . . 67
III. Zusammenfassung 68

§ 11. Die Folgerungen für die Gesetzesfassung de lege ferenda.

I. Die Frage der Kodifikation

1. Allgemeines 69
2. Betr. den Irrtum ü. d. Rwkt. 70
II. Kritik der Reform nach ihrem jetzigen Stand 71
III. Gesetzesvorschlag 76
§ 12. Schlußwort 77

Einleitung

§ 1.

I.

In der Lehre vom Verbrechen als dem Voraussetzungskomplex für die Entstehung eines staatlichen Strafanspruchs gewinnt die Frage des Irrtums Bedeutung für die Abgrenzung schuldhaft vorsätzlichen Verhaltens vom schuldlosen oder einer minder schweren Schuldform zurechenbaren Verhalten[1]). Dies gilt, weil für jede Form des Irrtums, auch für den Irrtum über die Rechtswidrigkeit, mit dem folgende Arbeit sich vorzugsweise zu befassen hat. Denn nur für die Zurechnung zum Vorsatz als Schuldform[2]) ist Voraussetzung eine bestimmt geartete Kenntnis des Täters von seiner objektiv rechtswidrigen Tat. Und nicht die Erscheinung des Irrtums als solchen, sondern seine Funktion als Ursache für das Fehlen der zur (Vorsatz-) Schuld vorauszusetzenden Kenntnis, ist das strafrechtlich Bedeutsame[3]). Darum ist das Problem

---

[1]) Davon ist auch keine Ausnahme zu machen, wenn man mit Hegler, der diese Lehre in Z. 38 S. 31 f. u. Anm. 36 f. begründet hat (vgl. jetzt dens. in Frank-Festg. I S. 251 f., weiter insbes. Mezger, Vom Sinn strafr. Tatb. S. 21 f., Mezger Lehrbuch S. 168 f., Zimmerl, Z. L. vom Tatbestand S. 29 f., gegen sie neuerdings bes. Goldschmidt in Frankf-Festg. S. 458 f.) die Existenz subjektiver Unrechtselemente für erwiesen hält, denn auch nach Hegler, Fr. F. I S. 336 f. ist der Irrtum über solche Elemente nur für die Frage der Schuld, nicht auch für die Rechtswidrigkeit von Bedeutung. S. auch unten S. 62 Anm. 247.

[2]) Auf die bestrittene Frage, ob es berechtigt ist, „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" als die beiden Schuldformen zu bezeichnen, kann hier nicht eingegangen werden. Neuerdings dagegen Dohna ZStrW. 52, 104 f. Er will die Schuld neben den „Vorsatz" stellen, dieser sei nur ein „Indiz" der Schuld, während die Fahrlässigkeit die Schuld selber sei, was dann auch zu Konsequenzen in der Irrtumslehre führt, s. das. S. 105 unten speziell über den Irrtum über die Rechtswidrigkeit als schuldausschließend — wenn unvermeidbar —, aber nicht vorsatzausschließend; s. auch unten S. 84a Anm. 198 d. Was soll aber das für eine „Schuld" sein, die neben Fahrlässigkeitsschuld steht, wenn nicht Vorsatzschuld? „Vorsatz" bedeutet bei Dohna nur Vorsatz im sog. „psychologischen Sinn" (s. auch a. a. O. 105 „psychische Beziehung"), für die zweite Art Schuld neben Fahrlässigkeitsschuld fehlt bei ihm eine Bezeichnung, während doch die Bezeichnung Vorsatz = Vorsatzschuld (dolus malus) dafür durchaus sachgemäß und eingebürgert ist, und dann der Auffassung von „Vorsatz" = Vorsatzschuld neben Fahrlässigkeit als Schuldform nichts entgegensteht.

Uebrigens: wenn Vorsatz im psychologischen Sinn „Indiz" der Schuld ist, so kann er nicht neben die Schuld gestellt werden, weil beide nicht in gleicher Ebene liegen, s. entspr. betr. „Tatbestandsmäßigkeit" im Verhältnis zu „Rechtswidrigkeit" u. S. 40 Anm. 157. Auch hier spielt das Bild von sich schneidenden Kreisen, s. o. S. 39 Anm. 154, wie bei letzterer Frage eine verwirrende Rolle, s. Dohna a. a. O. S. 105: „Es gibt vorsätzliche Handlungen, die nicht schuldhaft sind (bei Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes) und schuldhafte Handlungen, die nicht vorsätzlich sind (Fahrlässigkeiten)".

[3]) So schon Kohlrausch, Sch. u. Irrtum 1903, S. 7, neuerdings z. B. Mezger Lehrb. S. 305/6.

des Irrtums, wie heute ernstlich nicht mehr bestritten sein dürfte, unlösbar verknüpft mit dem Problem der strafrechtlichen Schuld[4]). Nach jener Funktion des Irrtums im teleologischen System der Verbrechenslehre muß sich auch sein Begriffsinhalt bestimmen, damit der Begriff ein brauchbarer sei.

1. Wie die Kenntnis beim Vorsatz (eigentliche) Kenntnis der vom Täter vorgefundenen Tatumstände und Voraussicht der künftigen, durch die Täterhandlung erst zu verwirklichenden und zu ihr als Erfolg gehörenden Tatumstände ist, so muß der Irrtum begreifen den Irrtum über vorhandene und die mangelnde Voraussicht künftig sich verwirklichender Umstände der Tat[5]).

2. Auch darf Irrtum nicht allein im engeren Sinn als Falschvorstellung, sondern muß im weiteren, auch die Nichtkenntnis, die fehlende Vorstellung umfassenden Sinne verstanden werden[6]).

II.

1. Ist der Irrtumsbegriff festgelegt, so bedarf es noch einer vorläufigen Verständigung betr. den Unterbegriff „Irrtum über die Rechtswidrigkeit". Geht man von der doppelten Betrachtungs- (und Bewertungs-)möglichkeit des Verbrechens nach seiner objektiven Erscheinung — Rechtswidrigkeit — und nach seiner subjektiven: Verknüpfung mit der Täterpsyche — Schuld — aus, so ist Irrtum über die Rwkt. zunächst seinem Wortsinn nach Irrtum über diese objektive Qualität des Täterverhaltens als eines vom Rechte verbotenen. Ihm kann gegenübergestellt werden der Irrtum über den Charakter des Täterverhaltens als eines schuldhaften, der Irrtum über das Verschulden, und jener über die Eigenschaft der Tat als einer strafbaren, der Irrtum über die Strafbarkeit. Nun interessiert aber der I. über die Rwkt. nicht primo loco als logische Kategorie, als bloßer Rechtsbegriff, sondern als reale Erscheinung, als „innere Tatsache" in der Täterpsyche. Und dort ist der Irrtum über die Rechtswidrigkeit regelmäßig verknüpft mit dem Irrtum über die Schuld, und mit dem Irrtum über die Strafbarkeit. Hält der Täter sein Handeln nicht für rechtswidrig, so glaubt er sich auch regelmäßig frei vom Schuldvorwurf und unberührt von den Straffolgen. Das ist im Folgenden im Auge zu behalten.

Geht man umgekehrt vom Irrtum über die Straffolgen aus, so ist sehr wohl möglich, daß der I. über die Strafbarkeit für sich allein auftritt, daß der Täter also weiß, daß er objektiv Verbotenes schuldhaft begeht, aber glaubt, er könne trotzdem (wegen Fehlens einer obj. Strafbarkeitsbedingung, einer Prozeßvoraussetzung, wegen Vorliegens eines Strafausschließungsgrundes oder weil er glaubt, das Verbot entbehre der Strafsanktion), nicht bestraft werden[7]). Möglich ist auch, daß jemand über Schuld und Strafbarkeit irrt, wiewohl er die Rechtswidrig-

[4]) Frank, 18. A. S. 193: „Die Irrtumslehre ist also nur die Doluslehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet."
[5]) Mezger a. a. O. S. 308, 310.
[6]) Kohlrausch a. a. O. S. 7, Binding, Schuld 1919 S. 64.
[7]) Z. B. der Baumfrevler glaubt, er könne nur auf Schadensersatz belangt werden.

keit seines Handelns kennt[8]). Dieser Fall wird allerdings in der Rechtspraxis kaum einmal vorkommen, weil dem im Recht unbewanderten Laien die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht bekannt und schwer verständlich ist. Demnach soll im Folgenden unter „Irrtum über die Rechtswidrigkeit"[9]) verstanden werden der Irrtum über das rechtliche Verbotensein auch in seiner Verknüpfung mit dem Schuld- und Strafbarkeitsirrtum, der terminus „Irrtum über das Verschulden" soll vorbehalten bleiben dem Irrtum über die Schuld, soweit er o h n e den I. ü. d. Rwkt. auftritt, und der terminus „I. ü. d. Strafbarkeit" dem Irrtum n u r über die Strafbarkeit bei vorhandenem Unrechts- und Schuldbewußtsein.

III.

Das führt von der Begriffsbestimmung zu der Begriffsbegrenzung. Es erscheint zweckmäßig, ebenfalls schon in diesem einleitenden Teil dem Begriff „Irrtum über die Rwkt." dadurch zu klarer und eindeutiger Verwendung zu verhelfen, daß man ihn in ein System der möglichen Irrtumsformen einreiht und daran etwaige Beziehungen zu andern Irrtumsarten aufzeigt[10]).

Wegen der engen Verknüpfung des Irrtums mit dem Schuldproblem ist eine Gliederung der Irrtumsarten am besten nach den Voraussetzungen schuldhaft vorsätzlichen Handelns zu treffen. Dabei soll eine implizierte Stellungnahme zu den Problemen der Rechtswidrigkeit und Schuld an dieser Stelle möglichst vermieden werden. Feste Ausgangspunkte sind nur:

a) die Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld[11]);
b) die Trennung des Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen in Tatbestandsmäßigkeit im engeren Sinn, umfassend die Summe der gesetzlichen Einzelmomente des speziellen Unrechtstyps, und in unrechtausschließende Momente als allgemeine (negative) Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit;
c) die Anerkennung von Schuldausschließungsgründen, vorläufig[12])

---

[8]) Der vom Brand betroffene Hauseigentümer beschädigt Sachen auf dem Nachbargrundstück, und weiß, daß er in fremde Rechte eingreift, er glaubt sich aber — über die Grenze wirklichen Notstandes hinaus — „durch die Sachlage entschuldigt."

[9]) Ueber die strittige Terminologie und Inhaltgebung im Einzelnen s. unten § 9 III 3 S. 47 f.

[10]) Welch dringendes Bedürfnis hiefür spricht, zeigt die z. Tl. völlig unzureichende Einsicht von mancher Seite in diese Zusammenhänge; bes. kraß neuerdings Coenders RG-Festg. V S. 293: „Das Fehlen des Bewußtseins der Rwkt. ist sonach nichts anderes als das Fehlen des Vorsatzes hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale" (wozu C. allerdings auch die Merkmale von Unrechtsausschließungsgründen zählt). Eine gute, wenn auch nicht vollständige Uebersicht gibt Gettler in D. J. Z. 1931 Sp. 785 f.

[11]) Nicht als Trennung nach dem G e g e n s t a n d der Betrachtung — außerhalb der Täterpsyche liegende, in diesem Sinne objektive Momente zur Rechtswidrigkeit, in der Psyche des Täters liegende Momente zur Schuld zählend —, sondern als Gegensatz in der B e t r a c h t u n g s w e i s e, die Tat betrachtend in ihrer sachlichen, objektiven Bedeutung als der Rechtsordnung zuwiderlaufendes Verhalten für die Frage der Rechtswidrigkeit, betrachtend nach ihrer persönlichen, das innere Verhalten des Täters betreffenden Bedeutung für die Frage der Schuld; s. Hegler, Fr. Festg. I, S. 302 f., VIII. S. auch oben S. 1 Anm. 1 und unten S. 62 Anm. 247.

[12]) Näher s. unten § 9 II 4, S. 55.

rechtliche Unwerturteil über das innere Täterverhalten bezügl. bestimmt als Momente, die negative Voraussetzungen für das einer rechtswidrigen Tat sind;

d) die Anerkennung von Strafbarkeitsbedingungen und Strafausschließungsgründen als Momenten, die positive oder negative Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolge außerhalb von Rechtswidrigkeit und Schuld bilden.

Von den beiden Hauptarten des Irrtums, dem Irrtum zu Ungunsten des Täters — der von ihm vorgestellte Sachverhalt ist für ihn nachteiliger als der objektiv vorliegende — und dem Irrtum zu seinen Gunsten[13]) — die Sachlage so wie er sie sich vorstellt ist ihm günstiger als die objektiv gegebene — soll hier grundsätzlich nur der Irrtum zu Gunsten des Täters Behandlung finden. Der I. zu Ungunsten des Täters betrifft ganz wesentlich verschiedene Problemgruppen (den untauglichen Versuch, Mangel am Tatbestand, das Wahnverbrechen), und innerhalb desselben enthält der Irrtum über die Rechtswidrigkeit (das Wahnverbrechen) kaum strittige Fragen.

Als Formen des Irrtums zu G u n s t e n des Täters lassen sich nennen[14]):

1. Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale (betr. Momente des speziellen Tatbestandes[15]):

a) Tatirrtum[16]): Irrtum über die solche Merkmale erfüllenden Lebenskonkreta[17]);

---

[13]) Diese Unterscheidung z. B. bei Hegler, Z. 36 S. 34, Anm. 41, S. 38, Anm. 45, S. 204 Anm., S. 205 Anm., S. 216 Anm. 113. Vgl. auch Binding, Schuld, S. 68 „umgekehrter Irrtum".

[14]) Der Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit und über die Freiheit (Willkür) des Handelns, letzteres Moment von Hegler Z. 36 S. 191 „aus teleologischen Gründen" zur Schuld, sonst gemeinhin zur „Handlung" und damit zur Voraussetzung der Rechtswidrigkeit geschlagen, sind in diese Uebersicht nicht aufgenommen, weil diese beiden Irrtumsformen nur selten erwähnt sind — vgl. Begründung zum Entw. 1919 S. 24 — und ihre Relevanz wohl einstimmig verneint wird. Es sind Momente, die ihre Funktion im Verbrechenstatbestande ausüben ohne Rücksicht auf ihre Kenntnis durch den Täter. Neuerdings erweckt Engisch, Untersuchungen S. 66 den Anschein, als fordere er die Beachtlichkeit des Irrtums über die Handlungsfreiheit, darüber, „rein physisch auch anders handeln zu können". Sein Beispiel betrifft aber nicht den Fall der Handlungsfreiheit, sondern es handelt sich um einen Tatirrtum betr. die konkrete Rechtspflicht zum Handeln bei einem unechten Unterlassungsdelikt.

[15]) Unter „Tatbestand" wird hier verstanden derjenige Teil — und n u r derjenige Teil — der einzelnen Deliktsbeschreibungen, der wesentlich für das U n r e c h t, die Rechtswidrigkeit ist; es sind nicht notwendig nur objektive Momente, s. o. Seite 1, Anm. 1, und vgl. Mezger, Lehrb., S. 175/76 (im einzelnen anfechtbar) und neuestens Bruns, H., Kritik d. L. v. Tatbestand (1932) S. 34 f. („der am Unrecht orientierte Tatbestand").

[16]) Die Unterscheidbarkeit, Trennbarkeit von T a t - und R e c h t s irrtum im Strafrecht ist bestritten, s. dagegen z. B. Binding Die Schuld (1919) S. 66/67, 85, ders. Grdr. d. Strafr., 8. Auf. S. 107, Gerland Das Reichsstrafrecht (1922) S. 105, β. Beck S. 12 u. Anm. 25 dort zit. Auf diese Frage kann hier nicht eingegangen werden, die Unterscheidbarkeit wird hier vorausgesetzt, s. hiefür auch neuestens v. Liszt — Schmidt 265, Mezger 307 f. („Tatsachenkenntnis"), das RG nimmt sie an und auch die Entwürfe (s. z. B. Denkschr. z. Entw. 1919 S. 23 f., Begr. Entw. 1927 S. 17 Sp. 1), vgl. für die Unterscheidbarkeit auch Marcetus, der Gedanke der Zumutbarkeit, Strafr. Abhandl. 243 (1928) S. 54 u. Eine Frage für sich ist natürlich, ob und welche Bedeutung dieser Unterscheidung zuzumessen ist.

[17]) z. B. der Mensch wird für ein Wild gehalten.

b) Rechtsirrtum:

aa) Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen[18]) oder[19]) Irrtum betr. ihre Auslegung, die Folge von beidem ist: Irrtum (Nichtkenntnis) betr. Zutreffen derselben auf den konkreten Sachverhalt (Subsumtionsirrtum);

bb) Irrtum — Nichtkenntnis — betr. die Existenz eines die Tatbestandsmerkmale in ihrer Gesamtheit treffenden Verbotsrechtssatzes — ausschließlich hierauf bezüglich (ohne Irrtum betr. 1 a oder 1, b, aa) — Verbotsirrtum[20]).

2. Irrtum betr. Unrechtsausschließungsgründe.

a) Tatirrtum: Irrtum über den solche erfüllenden Sachverhalt (tatsächlicher Irrtum, Falschannahme)[21]);

b) Rechtsirrtum:

aa) Falschauslegung oder Nichtkenntnis einzelner Merkmale eines solchen Unr.A.Gr., der im Recht anerkannt ist, und deshalb irrige Annahme, diese Merkmale treffen in concreto zu, sie treffen aber nicht zu (Subsumtionsirrtum)[22]);

bb) Irrtum betr. die Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes (Falschannahme des Bestehens eines solchen, den

---

[18]) Tatbestandsmerkmale wie „Urkunde", „Lotterie", „Glücksspiel", „Personenstand".

[19]) Eine Unterscheidung der (abstrakten) Tatbestandsmerkmale in „tatsächlicher" und „rechtlicher", „Tatsachenbegriffe" und „Rechtsbegriffe", wie sie z. B. von Liszt — Schmidt S. 254 f. zeigt, ist irreführend, rechtlich sind alle Merkmale des Tatbestands, der Verbrechensbeschreibung als Bestandteile eines Rechtssatzes, wie auch alle als solche normativ (i. w. S.) sind. S. auch u. S. 44 f. Normativ i. e. S. kann man die nennen, die auf Wertungen außerhalb des betr. Rechtssatzes, außerhalb der Verbrechensbeschreibung, verweisen, so besonders auch auf rechtliche außerhalb desselben, Rechtssätze und Rechtsbegriffe aus andern Rechtsgebieten oder aus dem Strafgesetz, aber außerhalb der Verbrechensbeschreibung, so § 257 StGB, s. auch u. S. 45 der Arbeit. Auch für diese normativen Momente i. e. S. kann der Irrtum ein Tatirrtum (o. Ziff. 1 a), wie ein Rechtsirrtum (o. Ziff. 1 b, aa, Subsumtionsirrtum) sein, wie bei den sog. „deskriptiven", s. auch in letzterer Richtung Begr. zu E. 27 S. 17 Sp. 1, vgl. auch u. S. 26 der Arbeit.

Schief betr. die oben abgelehnte Unterscheidung auch Begr. zu E. 25 S. 15 Sp. 1 („die weitaus meisten, wenn nicht alle Merkmale eines Tatbestandes, an die der Gesetzgeber eine Strafdrohung knüpft, sind Rechtsbegriffe"), Begr. zu E. 27 S. 17 Sp. 1 (Tatbestandsmerkmale „gegenständlicher" und „rechtlicher" Natur unterschieden).

[20]) Diesen „Verbotsirrtum" meint z. B. Denkschr. zu E. 19 S. 24 u.: „der Täter nimmt irrig an, die Tat sei überhaupt nicht verboten", und Dohna, Recht und Irrtum S. 18: „die in ihren gesetzlichen Merkmalen richtig erkannte Tat für erlaubt hielt" vgl. mit Seite 22, wo als erster Fall des eben Gesagten angeführt wird, daß „jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, die er ganz allgemein für erlaubt hält", Zimmerl. S. 8 f. „Rechtsirrtum im engeren Sinne, d. h. der Irrtum über das Verbotensein der in all ihren tatsächlichen und rechtlichen Merkmalen richtig aufgefaßten Tat", Weiz S. 16 f., 19 unter B, a: „Unkenntnis der generellen Verbotsnorm".

[21]) Es handelt sich um die irrige Annahme von Tatsachen, die einem im Recht anerkannten Unr.A.Gr. unterfallen würden, wenn sie in Wirklichkeit gegeben wären, sie sind aber nicht gegeben, z. B. der Glaube, der andere greife zum Messer.

[22]) z. B. der Glaube, auch das Nichtausziehen des Mieters falle unter „rechtswidrigen Angriff" im Sinne des § 53 StGB.

die Rechtsordnung nicht kennt, und folgeweise Falschannahme, es sei ein Unrechtsausschließungsgrund gegeben).

3. Irrtum über die Rechtswidrigkeit in toto im konkreten Fall.

4. Irrtum betr. Schuldausschließungsgründe:
   a) Tatirrtum betr. den solche erfüllenden Sachverhalt (tatsächlicher Irrtum);
   b) Rechtsirrtum:
      aa) Unkenntnis oder Falschauslegung einzelner Merkmale eines solchen im Recht anerkannten Sch.A.Gr.;
      bb) Irrtum betr. die Existenz eines schuldausschließenden Rechtssatzes, den die Rechtsordnung nicht kennt.

5. Irrtum über das Vorliegen eines Verschuldens in concreto.

6. Irrtum betr. Strafausschließungsgründe und Strafbarkeitsbedingungen:
   a) Tatirrtum betr. den solche Str.A.Gr. oder Strfb. Bed. erfüllenden Sachverhalt;
   b) Rechtsirrtum:
      aa) Unkenntnis oder Falschauslegung von Einzelmerkmalen;
      bb) Irrtum betr. die Existenz von Str.A.Gr. oder Strfb. Bed., die die Rechtsordnung nicht kennt.

7. Irrtum über das Vorliegen der Strafbarkeit in concreto.

Die Irrtumsformen Ziff. 3, 5 und 7 sind Folgeirrtümer, ihnen liegt nachweisbar stets eine der in Ziff. 1, 2, 4, 6 genannten Irrtumsformen als Quellirrtum zugrunde.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit als Folgeirrtum ist stets begründet in einem der Quellirrtümer Ziff. 1 und 2[23]). Der „Verbotsirrtum", oben Ziff. 1 b, bb[24]) und der Irrtum betr. die Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes, oben Ziff. 2 b, bb, hat den Irrtum über die Rechtswidrigkeit in concreto notwendig im Gefolge, die übrigen Formen von Quellirrtümern können ihn zur Folge haben. Es kann aber sehr wohl auch sein, daß der Täter über Tatbestandsmomente im Sinne von Ziff. 1 a, Ziff. 1 b, aa unserer Einteilung oder über Voraussetzungsmomente eines Unr.A.Gr., Ziff. 2 a und

---

[23]) In einer der Irrtumsformen Ziff. 4 und 6 — Irrt. über Sch.A.Gr., Strfb. Bed. — kann der Irrtum über die Rechtswidrigkeit nicht unmittelbar begründet sein, wohl aber dann, wenn zu einer dieser Irrtumsformen (Ziff. 4 und 6) ein weiterer Quellirrtum von der Art des in Ziff. 2 b, bb aufgeführten Irrtums tritt. Es ist z. B. an den Fall zu denken, daß der Festgenommene die Festnahme durch den Polizeibeamten im konkreten Fall irrig für eine nicht rechtmäßige hält, Ziff. 6b, aa, und zugleich darüber irrt, daß Widerstand gegen Handlungen, die ein Beamter in nicht rechtmäßiger Ausübung seines Amtes begeht, nicht rechtswidrig sei (während in diesem Fall nach herrschender Ansicht Rechtswidrigkeit und Schuld bestehen bleiben, und nur die Strafbarkeit entfällt). Also nicht um eine selbständige, neben die Quellirrtümer zu Ziff. 1 und 2 zu stellende Form des Quellirrtums für den Folgeirrtum über die Rwkt. handelt es sich hier, sondern um Unterfälle zu Ziff. 2 b, bb.

[24]) S. auch unten S. 22 Anm. 91.

Ziff. 2 b, aa irrt und dennoch (also sowohl bei Tat- wie bei Rechtsirrtum) mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handelt[25])[26]).

Klare Scheidung des Folgeirrtums über die Rechtswidrigkeit von den verschiedenen möglichen Quellirrtümern, auch im Sinne einheitlicher Terminologie[27]), und Feststellung des Zusammenhangs von Irrtumsregelung und Schuldauffassung sollen Richtlinien der nachfolgenden Untersuchung sein.

Erster Hauptteil

Die Regelung in den Entwürfen 1909—1927 einschließlich der Ergebnisse der Ausschußberatungen

§ 2. Der Vorentwurf.

I.

In Beachtung jener unlösbaren Verknüpfung von Irrtum und Schuld[28]) soll für jeden Entwurf erst das Wesentliche seiner Schuldauffassung herauszustellen versucht und die Darstellung der Irrtumsbehandlung hieran geknüpft werden.

1. „Schuldhaft handelt, wer entweder vorsätzlich oder fahrlässig handelt", § 58 I, S. 2 VE. Die hier in Gesetzeswort gefaßte Beziehung zwischen Schuld und Vorsatz erläutert die Begr. dahin, § 58 nenne „als Schuldformen" Vorsatz und Fahrlässigkeit[29]). Der Vor-

---

[25]) Der Wilderer glaubt auf fremdem Jagdgrund ein Wild zu schießen, erschießt aber einen Menschen (Ziff. 1 a), der Betrüger glaubt zu unterschlagen (Ziff. 1 b, aa), der in Putativnotwehr befindliche — er hält den Scherzangriff irrig für einen ihn gefährdenden (Ziff. 2a) ernsthaften, oder glaubt, das Nichtausziehen des Mieters, s. S. 5 Anm. 22, sei gegenwärtiger Angriff (Ziff. 2 b, aa), — weiß nicht, daß die notwendige Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff die Verteidigungshandlung rechtfertigt (hinzutretender Irrt. zu Ungunsten des Täters). Zu vgl. das unten S. 45 d. Arb. Ziff. 4 und Anm. 96 das. zu Sagende.

[26]) Unberücksichtigt bleibt die Unterteilung des Irrtums über Einzelmomente des Tatbestands in Irrtum über das Subjekt, das Objekt, den Erfolg der Handlung, über den Kausalverlauf, s. z. B. die Gliederung bei Gettler in D. J. Z. 1931 Sp. 785 f. Beil.: „Der junge Jurist".

[27]) So wird abgelehnt die Bezeichnung „Rechtsirrtum" für den Irrtum über die Rwkt. im Sinne der Unterscheidung „Tatirrtum" = der auf den Tatbestand sich beziehende Irrtum, „Rechtsirrtum" = Irrtum lediglich über das Verbotensein in toto, wobei die Fälle oben S. 4/5, 1 a und 1 b, aa nicht geschieden sind (so insbes. Dohna, R. und Irrtum S. 18 f., bes. S. 20 f. — mit dem Hinweis S. 20 auf die dem Wortsinn allein entsprechende, bessere Terminologie —: „Rechtsirrtum" = Irrtum über rechtliche Beziehungen, „Tatirrtum" = Irrtum über tatsächliche Verhältnisse; v. Hippel V. D. Allg. Tl. III S. 541, 547, Deutsches Strafrecht II S. 331, auch Entw. 1909 mit Begr., s. unten S. 8 f. zu II; gegen Dohna v. Liszt.-Schm. Lehrb. 26. Aufl. S. 265. Anm. 3). Der Unterschied ist deshalb schief, weil der von diesen sogenannte „Tatirrtum" Quellirrtum des von diesen so genannten „Rechtsirrtums", des Irrtums über das Verbotensein sein kann, also gar nicht in einem klaren Gegensatz zu diesem steht, wie auch bei Dohna a. a. O. S. 25 f. heraustritt. Außerdem ist der Irrtum betr. Unrechtsausschließungsgründe hier nicht recht unterzubringen, wie die Ausführungen bei Dohna a. a. O. S. 22 f., 28 oben zeigen.

[28]) oben Einl. S. 1; f.

[29]) Begr. S. 201, s. auch S. 200 vor § 58: „diese beiden Schuldformen".

satz ist sonach im Sinne der Begr. nicht Schuldvoraussetzung, sondern Schuldf o r m, doch wohl im Sinne von Schuld a r t[30]) (dolus malus).

2. Diese Schuldform „Vorsatz" ist in § 59 definiert — wenn man vom dol. event. hier absieht —, als Ausführung der Tat „mit Wissen und Willen", in der Begr. als Wissen der „einzelnen Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören"[31]), als Wollen der „ganzen Handlung einschließlich des etwa zu ihrem Tatbestand gehörigen besonderen Erfolges". Wenn man die Begr. zu den §§ 58 f. durchsucht, ob nicht eine zum „Wissen und Willen" hinzutretende weitere Voraussetzung für die Schuldform Vorsatz genannt sei, findet man — nichts. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit soll nicht zum Vorsatz gehören, auch nicht die Möglichkeit solchen Bewußtseins[32])[33]). „Die Auffassung der Unzurechnungsfähigkeit als eines Schuldausschließungsgrundes" — positiv gewendet der Zurechnungsfähigkeit als einer Schuldvoraussetzung — beschließt die Begr. „aufzugeben", S. 224. Das Problem der Schuldausschließung auf Grund abnormer, die Psyche des Täters bedrängender Motivationslage[34]) ist der Begr. fremd, und z. B. der Notstand des § 67 VE. sowie der bindende Befehl sollen nicht die Schuld, sondern je die Rechtswidrigkeit beseitigen [35]).

II.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Irrtums ist im VE. nur vorgesehen für den „Rechtsirrtum" in § 61. Neben ihm erwähnt die Begr. den Irrtum über Tatumstände und mit der Putativnotwehr einen Fall des Irrtums über unrechtausschließende Umstände.

1. Die Begr. geht davon aus, daß der „Irrtum über einen Tatumstand" (S. 212), d. h. der I. betr. ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes seine Regelung schon durch die Vorsatzdefinition des § 59 gefunden habe. Hiebei ist zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum betr. Tatumstände (oben S. 8 Ziff. 1 a und 1 b, aa) nicht unterschieden. Der Irrtum betr. einen Tatumstand wird — ohne daß innerhalb desselben geschieden wird, und ohne Rücksicht darauf, ob er den I. über die Rwkt. zur Folge hat — als für sich allein relevant erklärt.

2. Daneben ist ausdrücklich geregelt der „Rechtsirrtum" (s. Ueber-

---

[30]) das dürfte aus dem Zusammenhang der Begr. hervorgehen; s. allerdings die andere Terminologie bei Mezger Lehrb. S. 266.

[31]) Begr. S. 203.

[32]) Begr. S. 216 mit Anm. 2 und 4.

[33]) Interessant ist jedoch die Abweichung, die die Begr. für eine einzelne Vorsatzart, die Böswilligkeit, zuläßt, indem sie die Definition Bindings, Grdr. 7, S. 127 übernimmt: Böswilligkeit sei da vorhanden, ... „wo der absichtlich handelnde Täter aus böser Gesinnung sich an der Rechtswidrigkeit seiner Handlung oder an ihrer verderblichen Wirkung als solcher freut oder seine Befriedigung darin findet' " (Begr. S. 212). Vorausgesetzt ist sonach hier Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Handlung oder Kenntnis ihrer „verderblichen Wirkung", letzteres anklingend an die Sozialschädlichkeit, die materielle Rechtswidrigkeit, wie sie z. B. Hegler, Z. 36, S. 27 f. u. Anm. 29 vertritt.

[34]) erstmals von Frank in seinen „begleitenden Umständen", wenn auch ungenau in objektiver Fassung, erkannt in seinem „Aufbau des Schuldbegriffs" 1907 bes. S. 12 f.

[35]) S. 247, 249, 252 Begr.

schrift zu § 61, Begr. S. 215). Will man von der Begr. erfahren, was sie unter „Rechtsirrtum" verstehe, so gilt es ihrer Terminologie gegenüber mißtrauisch zu sein. „Rechtsirrtum" ist zunächst, so zeigt die Ueberschrift zu § 61 und zu der zugehörigen Begr., der in § 61 geregelte Irrtum. Auf S. 216 scheint eine eindeutige Definition gegeben zu sein: „der Rechtsirrtum, also der Irrtum über das Erlaubtsein der Handlung"[36]). Eine Einschränkung ist aber schon aus dem oben zu Z. 1 Gesagten zu machen. Der Irrtum betr. einzelne Tatbestandsmerkmale, der wie oben Einl. S. 4 f., bes. S. 6, S. 7 gezeigt, auch Quellirrtum für den I. ü. d. Rwkt., über das Erlaubtsein der Handlung in toto sein kann, ist nach § 59 VE., nicht nach § 61 VE., nicht als „Rechtsirrtum" zu beurteilen, Begr. S. 212[37]).

Aber noch eine weitere Einschränkung läßt die Begründung — allerdings ziemlich versteckt und mit schiefem Ausdruck — erkennen[38]): „der sogenannte Subsumtionsirrtum" „kann auch in der Art auftreten, daß er sich lediglich auf die subsumierte Tatsache bezieht"(!). Als Beispiel ist genannt die Putativnotwehr. „Dann liegt überhaupt nicht Rechtsirrtum, sondern Tatirrtum[39]) vor, der in § 61 nicht behandelt ist". Nach dieser weiteren Einschränkung wäre nunmehr „Rechtsirrtum" im Sinne des VE. gleich Irrtum über das Erlaubtsein, soweit dieser nicht auf dem Quellirrtum betr. Tatbestandsmerkmale und auch nicht auf sonstigem „Tatirrtum" i. S. der oben zitierten Anmerkung — z. B. Putativnotwehr — beruht. Mit diesem Wortgebrauch würde auch die Fassung des § 61 VE. zusammenstimmen. Aber auf S. 218 Begr. erfahren wir nun überraschend, daß „Rechtsirrtum" noch in einem andern Sinn verstanden wird: gleich Irrtum „über Rechtssätze oder deren Anwendbarkeit", s. das in der Begr. S. 218 Abs. 2 Vorangegangene. Bei diesem ist Voraussetzung der Wesentlichkeit für § 61, „daß dem Täter die Handlung infolge des (scil. Rechts-) Irrtums als eine erlaubte

---

[36]) Ueber diese Terminologie s. schon oben Einl. S. 7 Anm. 27.

[37]) Eine Unterteilung des „Irrtums über einen Tatumstand" — gemeint sein kann nur Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale — in Tatirrtum und Rechtsirrtum i. S. der oben S. 4/5 gegebenen Einteilung zu Ziff. 1 a und Ziff. 1 b, aa trifft die Begr. z. VE. nirgends ausdrücklich. Da andererseits die Begr. vom „Rechtsirrtum" i. S. von I. über das Erlaubtsein ausdrücklich den „Tatirrtum" betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt ausnimmt (Putativnotwehr), ist der naheliegende Schluß, daß aus der Behandlung in § 61 VE. der ganze Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale, sei er nun Tatirrtum (S. 4 Z. 1 a) oder Rechtsirrtum (S. 5 Z. 1 b, aa) ausgenommen sei. Ein sicherer Schluß auf das Gegenteil ist weder aus der Definition des „Rechtsirrtums" in einem zweiten Sinn — s. Text S. 9/10 — durch die Begr. z. VE, noch aus dem Umstand möglich, daß der VE seine Irrtumsregelung in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des RG zur Irrtumsfrage getroffen hat, in welcher die Relevanz des Rechtsirrtums betr. Tatbestandsmerkmale stets i. S. des § 61 VE danach entschieden wurde, ob der Irrtum ein strafrechtlicher oder ein außerstrafrechtlicher sei. Daß die Einbeziehung des Rechtsirrtums betr. Tatbestandsmerkmale (oben S. 5 Z. 1 b, aa) in die Regelung des § 61 VE von den Verfassern des VE gewollt war, ist trotzdem wahrscheinlich.

[38]) Begr. S. 218 und Anm. 2 daselbst.

[39]) Letzteres für den Fall der Putativnotwehr — abgesehen von der unrichtigen Terminologie „Subsumtionsirrtum" — vom VE richtig erkannt im Gegensatz zu v. Hippel V. D. A. Tl. III S. 549 und Ueberschrift S. 547 das. („Rechtsirrtum"), zu v. Hippels abzulehnender Terminologie s. schon oben S. 7 Anm. 27.

erscheint". Hier ist also „Rechtsirrtum" i. S. der Begr. z. VE. überhaupt nicht Folgeirrtum über die Rwkt. in toto, wie § 61 und die Begr. S. 216 erscheinen lassen, sondern nur einer unter den möglichen Quellirrtümern des I. üb. d. Rwkt. in toto, den der VE. in § 61 regelt. Somit bleibt der Doppelsinn:

1. „Rechtsirrtum" ist der rechtliche Irrtum betr. Rechtssätze oder deren Anwendbarkeit[40]),

2. „Rechtsirrtum" im Sinne des § 61 ist dieser Irrtum Ziff. 1 nur, wenn er zum Glauben an die Erlaubtheit des Handelns geführt hat.

Diese unzulängliche Terminologie des VE. und der Begr. zeigt ihren großen Mangel an Ueberschau über die Erscheinungsformen des Irrtums. Und daraus erklärt sich auch seine im Ganzen unbefriedigende praktische Behandlung.

Der Rechtsirrtum wird im § 61 in solchen über strafrechtliche und solchen über nichtstrafrechtliche Rechtssätze geteilt. Dieser Letztere soll den Vorsatz immer ausschließen[41]) und zur Fahrlässigkeit nur zugerechnet werden, wenn er auf Fahrlässigkeit beruht. Jener dagegen ist grundsätzlich, gleichgültig ob er verschuldet ist oder nicht, ohne Einfluß auf den Vorsatz, doch kann er nach dem Strafrahmen des § 76 VE. milder bestraft werden. Diese Unterscheidung[42]) und die nahezu völlige Nichtbeachtung des strafrechtlichen rechtlichen Irrtums (im 2. Sinne, s. o.) im VE. sind in der Literatur beinahe einhellig abgelehnt worden. Es genügt, hier auf diese einmütige Kritik im allgemeinen hinzuweisen, die berechtigt ist; im einzelnen braucht sie, weil allgemeinbekannt, nicht wiederholt zu werden[43]). Aber interessant ist, festzustellen, daß die Begr. selbst den Irrtum verrät, unter dessen Einfluß sie die Lehre des RG. (das selbst diesem Irrtum verfallen ist) zum Gesetz machen wollte. Man liest Begr. S. 216 unten: „Der Grundsatz" (sc. der Unbeachtlichkeit des Irrtums über die Rwkt.) „muß immer gelten, wenn der Irrtum (sc. ü. d. Rwkt.) sich auf die Strafbarkeit der Handlung[44]) bezieht[45]). Dies — Irrelevanz des Irrtums über die Strafbarkeit — ist der richtige Kern der Unterscheidung des VE., der aber sofort in eine falsche Hülse gesteckt wird, wenn die Begr. fortfährt: „Der sogenannte Strafrechtsirrtum[44]) entschuldigt also[44]) den Täter nicht". „Also" setzt der VE. den Irrtum über die Straf-

---

[40]) Oben S. 4/5 Ziff. 1 b, bb, 2 b, aa, bb, und wohl auch — vgl. Anm. 37 S. 9 — Ziff. 1 b, aa.

[41]) Hier ist Vorsatz deutlich im Sinn von Schuldart, nicht als „psychologischer" Vorsatz gemeint.

[42]) Schon die bloße Möglichkeit dieser Unterscheidung bestreitet z. B. Kohlrausch in Aschr. u. v. Lszt. 1910 S. 216/7.

[43]) Vgl. z. B. Beck, Unrechtsbewußtsein S. 14/16 und die dort zitierten.

[44]) vom Verf. gesperrt gedruckt.

[45]) Auch hier sei kurz verwiesen auf die inexakte Terminologie. Der „Irrtum über das Erlaubtsein," ü. d. Rwkt., der sich „auf die Strafbarkeit bezieht", — der VE meint: nur auf die Strafbarkeit — ist gar kein I. ü. die Rwkt., sondern eben I. ü. die Strafbarkeit trotz vorhandenen Bewußtseins der Rwkt.; richtig dann Begr. S. 218 letzt. Abs. S. 3. Unscharf neuerdings wieder Weinberg, Der Verbotsirrtum, S. 11: „Irrtum ... über die Rechtsfolgen, das Verbotensein".

barkeit der Handlung gleich mit „Strafrechtsirrtum", ein lapsus calami, der heute nur mehr schwer verständlich ist[46]).

3. Mit der Vorschrift des § 61 über den „Rechtsirrtum" glaubt die Begr. S .245 auch den Irrtum über unrechtausschließende Umstände geregelt. Denn die Regelung der „sogenannten Putativnotwehr" als Fall irrtümlicher Annahme unrechtausschließender Umstände „ergibt sich aus den Vorschriften über die subjektive Schuld, insb. über den Irrtum." Das ist für die gesetzliche Regelung des VE. wieder höchstens teilweise richtig. Haben wir doch oben zu Ziff. 2 — vgl. Begr. S. 218 Anm. 2 — gesehen, daß der Tatirrtum, auch soweit er Tatsachen außerhalb der gesetzlichen Tatbestände betrifft, nicht unter § 61 VE. fällt, andererseits, soweit er diesen Fall betrifft, auch durch die Vorsatzdefinition des § 59, vgl. Begr. S. 212, nicht seine Regelung erhält. Hauptfall des Tatirrtums außerhalb der gesetzlichen Tatbestände ist aber eben die Putativnotwehr. Die Begr. nimmt denn auch ihren oben angeführten Satz mindestens teilweise wieder zurück, denn sie fährt fort: „Die Frage, ob ... für die Handlung des Täters, der in vermeintlicher Notwehr handelt, Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit eintreten kann, ist wie bisher der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen." Aber in Wahrheit ist nicht nur die Frage f a h r l ä s s i g e n Irrtums über die Notwehrlage vom VE. nicht geregelt, sondern überhaupt die Frage der Putativnotwehr nicht[47]).

So läßt sich die Behandlung des Irrtums im VE. wie folgt zusammenfassen:

1.

a) Der T a t irrtum betr. Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes (S. 4 Z. 1 a) schließt ohne Rücksicht auf etwaigen Folgeirrtum über die Rwkt. den Vorsatz immer, und auch die Fahrlässigkeit dann aus, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht (S. 57 f. 2 a, aa).

b)

aa) Der R e c h t s irrtum betr. Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes ist wahrscheinlich — s. oben S. 9 Anm. 37 — in der Form Z. 1 b, aa, per se nicht beachtlich (S. 57 f. 2 a, bb).

bb) Der R e c h t s irrtum betr. die Existenz eines Verbotsrechtssatzes ist nur beachtlich zus. mit dem Folgeirrtum ü. d. Rwkt. und bildet den Typ eines strafrechtlichen Rechtsirrtums i. S. des § 61 VE. (Rechtsfolge: fakultative Strafmilderung).

---

[46]) Dieselbe Verwechslung findet sich wieder bei Lukas D. J. Z. 1914 Sp. 254, wo er den von ihm zitierten Satz des Berichterstatters ü. d. „I. ü. d. S t r a f b a r k e i t der Handlung bei Kenntnis ihres Verbotenseins" auf den Strafrechtsirrtum bezieht.

[47]) Auch hier wieder ein bedauerlicher Mangel an Klarheit im Ausdruck und in der Sache selbst.

2.

a) Der Tatirrtum betr. Umstände, die die Rechtswidrigkeit ausschließen würden (Schema Z. 2 a), ist im VE nicht geregelt. Was die Begr. über die Behandlung der Putativnotwehr sagt, ist widerspruchsvoll und daher kaum verwertbar, unsicher ist vor allem, ob die oben S. 9 gewürdigte Stelle Begr. S. 218 und Anm. 2 das., wonach jener Fall von Putativnotwehr „Tatirrtum" sei, den Schluß zuläßt, daß Tatirrtum betr. den einen Unr.A.Gr. bildenden Sachverhalt unter § 59 VE (durch unmittelbare oder analoge Verwendung dieser Vorschrift) falle.

b) Der Rechtsirrtum betr. Umstände, die die Rwkt. ausschließen, und der Irrtum betr. die Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes sind für sich allein irrelevant, und nach § 61 VE nur zusammen mit dem Folgeirrtum über die Rwkt. beachtlich. Ist er ein außerstrafrechtlicher I., dann schließt er, wie der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale, den Vorsatz immer (S. 57 f. 1 B, a, aa) und auch die Fahrlässigkeit dann aus, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht (S. 57 f. 1 B, b, bb, α). Andernfalls — als I. ü. strafrechtliche Rechtssätze und deren Auslegung — beeinflußt er die Schuldform nicht und kann nur milder bestraft werden.

3. Der Irrtum über die Rwkt. ist nur geregelt, soweit er auf einem Quellirrtum über „Rechtssätze oder deren Anwendbarkeit" (Begr. S. 218) beuht, s. oben S. 9. Als solcher Quellirrtum kommen nach der Begr. die Irrtumsformen o. S. 5 1 b, bb, 2 b, aa, 2 b, bb, und vermutlich — vgl. oben S. 9 Anm. 37 — auch b, aa in Betracht. Seine Behandlung ist die oben Ziff. 2 b genannte.

Der VE. hat den in der Einleitung vorausgeschickten Leitsatz für die Irrtumsbehandlung, zu dem er sich (Begr. S. 216 oben) auch bekennt: „mit dem strafrechtlichen dolus" stehe „die Frage nach der Bedeutung des Irrtums im engsten Zusammenhang", in der Einzelgestaltung des Irrtums schlecht beachtet. Hieran und an der nur wenig entwickelten Schuldauffassung des VE. selbst krankt die Irrtumsbehandlung des Entwurfs und die von ihm versuchte gesetzgeberische Lösung.

§ 3. Der Gegenentwurf 1911.

I.

Durch den ersten amtlichenEntwurf angeregt, haben die Professoren Kahl, Lilienthal, Liszt und Goldschmidt i. J. 1911 einen privaten „Gegenentwurf" zum Vorentwurf herausgegeben. Wie der VE., will auch der GE. einen klaren Verbrechensaufbau schon im Gesetz erkennen lassen. „Strafbar ist nur, wer rechtswidrig und schuldhaft handelt." „Schuldhaft handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt." (§ 19 GE.) Vorsatz ist hienach gemeint als Schuldart, nicht als Schuldvoraussetzung. Durch die Formulierung des § 20 und ausdrücklich in der Begr. bekennt sich der GE. zur „Motiventheorie"[48]).

[48]) S. 25 Begr.

Der Vorstellungsinhalt, der berufen ist, Gegenmotiv gegen den vorwerfbaren Willensentschluß zu werden, umfaßt auch nach § 20 GE. nur die zum „gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörenden Tatumstände". Ergänzend sagt die Begr. S. 33, bei dem, der jene Tatumstände kenne, bzw. vorstellen könne, werde „Vorstellung bzw. Vorstellbarkeit der Schädlichkeit" bei den Justizdelikten regelmäßig obwalten. „Daneben noch das Bewußtein oder die Bewußtseinsmöglichkeit der Rechtswidrigkeit zu fordern, scheint überflüssig, ja für die Rechtspflege geradezu schädlich". Der GE. lehnt also ab, zum Vorsatz Bewußtsein der Rwkt. oder auch nur die Möglichkeit des Bews. der Rwkt. zu fordern. Nicht ganz klar ist, ob Bewußtsein oder Möglichkeit des Bewußtseins der S c h ä d l i c h k e i t zum Vorsatz gehören soll. Der GE. begnügt sich damit zu sagen, dieses Bewußtsein werde bei Justizdelikten „regelmäßig obwalten". Eine besondere Prüfung dieses Momentes durch den Richter scheint nicht nötig, vielleicht soll eine unwiderlegliche Präsumtion für die Möglichkeit seines Vorhandenseins sprechen.[49])

II. Nach diesem Standpunkt des GE. in der Schuldfrage müßte für ihn auch der I. ü. d. Rwkt. als solcher unbeachtlich bleiben. § 23 GE. bestimmt nun aber unter „Irrtum über die Rechtswidrigkeit":

„Hält der Täter sich zur Vornahme der Handlung für berechtigt, so liegt Vorsatz nicht, und Fahrlässigkeit nur dann vor, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht."

Beachtlich wird hienach der I. ü. d. Rwkt., wenn er auf einen Quellirrtum bestimmter Art zurückführbar ist: wenn der Täter infolge „irriger Auffassung eines konkreten Rechtsverhältnisses sich zur Vornahme der Handlung für positiv berechtigt hielt," wenn „infolge eines k o n k r e t e n Rechtsirrtums das Bewußtsein der Berechtigung vorhanden" war, „irrige Vorstellung der Berechtigung in concreto"[50]) vorliegt. Diese Erläuterung zu § 23 GE. S. 33 f. paßt wohl in erster linie auf einen Irrtum über die Existenz oder Anwendbarkeit eines die Tat rechtfertigenden Rechtssatzes, „Rechtsverhältnisses"[51]). Wieweit daneben § 23 GE. Fälle des Rechtsirrtums betr. Tatbestandsmerkmale (Schema 1 b, aa) erfassen und in relevante und irrelevante scheiden

---

[49]) Daß es heute eine Unzahl von „Justizdelikten" gibt, bei deren Verübung der Rechtsunterworfene, der das Verbot nicht kennt, z. Tl. mit dem besten Willen nicht die Abträglichkeit seines Tuns für die Gemeinschaft erkennen kann, ist heute kaum mehr bestritten. (v. Hippel V. D. III S. 564 zitiert schon v. Bar für diese Tatsache).

[50]) Beck, Unrechtsbewußtsein, S. 18/19, in dem Bestreben, möglichst viele Zeugen seiner Auffassung nachzuweisen, daß der allein relevante Irrtum der Irrtum ü. d. Rwkt. sei, übersieht dieses Zurückgehen auf den Quellirrtum, glaubt, der GE stehe grundsätzlich auf seinem (Becks) Standpunkt und beschränkt sich auf den Nachweis, für die Frage der Schuld komme es lediglich auf das Nichtwissen, nicht auf das Falschwissen an; zu Unrecht stelle der GE auf das letztere ab. Das ist an sich richtig, trifft aber nicht den Kern der Auffassung des GE.

[51]) Der zweimal gebrauchte terminus „Rechtsverhältnis" ist zu eng. Nur gezwungen wird man die Notwehr (Putativnotwehr ist S. 35 oben als Beisp. genannt) ein rechtfertigendes „Rechtsverh." nennen können. Der Ausdruck ist zu zivilrechtlich gesehen.

will, geht aus seinem Wortlaut und seiner Begründung nicht hervor. „Dabei liegt es allerdings im Wesen der Sache, daß das Rechtsverhältnis, dessen irrige Auffassung die bona fides ausmacht, ein außerstrafrechtliches sein muß“[52]). Mit diesem Satz ist aber, wie aus dem Zusammenhang eindeutig hervorgeht, nicht auf die Unterscheidung des VE. und des RG. zwischen strafrechtl. und außerstraflichem Rechtsirrtum zurückgegriffen, sondern nur ein Argument gegen diese verfehlte Unterscheidung und für ihre „Verinnerlichung“ ins Feld geführt[53]).

Die Begründung weist aber daneben noch auf einen Quellirrtum hin, der ohne Rücksicht auf den Folgeirrtum zu berücksichtigen und in diesem Sinn im § 20 des GE. geregelt sei. Die Verfasser des GE. nehmen an, daß „der Irrtum über Tatumstände, welche die Rechtswidrigkeit ausmachen, unter § 20 Abs. 1 fällt“[54]). Mit den „Tatumständen, welche die Rwkt. ausmachen“[55]), können nur die „Tatumstände“ (= Voraussetzungen von Unrechtsausschließungsgründen) gemeint sein[56]). Für die Vorsatzauffassung des GE. folgt hieraus: Zum Vorsatz (als Schuldform) gehört neben der Vorstellung der Tatumstände des gesetzlichen Tatbestands auch Abwesenheit der Vorstellung eines unrechtausschließenden tatsächlichen Sachverhaltes. Die wörtlich verstanden anders lautende Begründung für die Beachtlichkeit jenes Irrtums: „weil die Rechtswidrigkeit gesetzliches Tatbestandsmerkmal aller strafbaren Handlungen ist“[54]) kann nur so verstanden werden. Die hier vertretene Auffassung wird auch bestätigt durch den Hinweis der Begr. (S. 35) auf die Begr. z. VE. S. 218 Anm. 2[57])[58]).

---

[52]) Begr. S. 33. Anders Coenders in RG-Festgabe V S. 295/96 (jeder Rechtsirrtum ist Strafrechtsirrtum).

[53]) Begr. S. 33: „denn strafrechtliche Rechtsverhältnisse gibt es, außer dem subj. staatlichen Strafrecht selbst, überhaupt nicht“, S. 34: „ist zu verinnerlichen“, Ersetzung der „äußerlichen Unterscheidung von außerstrafrechtlichem und strafrechtlichem Irrtum durch die innerliche von Irrtum ü. die Rwkt. und über die Strafbarkeit“).

[54]) Begr. S. 35.

[55]) Die Widerlegung des sachlichen Gehalts dieser Formel s. unten § 8 III S. 37 f.

[56]) Die Putativnotwehr ist in der Begr. S. 35 o. als Beispiel genannt.

[57]) Auch dort ist als Beispiel die Putativnotwehr genannt, auch dort ist sie nicht als I. ü. d. Rwkt., sondern als „Tatirrtum“ gewertet. Allerdings entnimmt die Begr. z. GE dieser Anm. zu viel, wenn sie aus ihr folgert, schon der VE habe gleich dem GE den Tatirrtum betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt wie einen Tatumstand behandeln und durch die Vorsatzdefinition mitregeln wollen. Die Begr. z. VE sagt nur, jener Irrtum sei Tatirrtum, nicht Rechtsirrtum, aber weder auf S. 218 noch auf S. 212 zu § 59 VE a. E. ist in dieser Richtung etwas Positives gesagt.

[58]) Wenn er zu einem I. ü. d. Rwkt. als Folgeirrtum führt, ist er nach Begr. z. GE S. 35 oben auch unter § 23 GE subsumierbar, das sei aber „unschädlich, ja geradezu nützlich“; wer den auf T a t irrtum beruhenden I. ü. d. Rwkt. (Beispiel: die Putativnotwehr) nicht unter § 20 Abs. 1 subsumieren zu können glaube, — weil er die Rechtswidrigkeit nicht als gesetzliches Tatbestandsmerkmal ansieht — werde ihn alsdann unter § 25 subsumieren können, daher auch die Ueberschrift „Irrtum über die Rechtswidrigkeit“ statt „Rechtsirrtum“. Die Begr. weist noch besonders darauf hin (S. 34/35), in der Fassung des § 23 habe der GE „das ausdrückliche Erfordernis preisgegeben, daß der I. ü. d. Rwkt. notwendig Rechtsirrtum sein müsse, und damit die Möglichkeit gegeben, auch auf T a t irrtum beruhenden I. ü. d. Rwkt. unter § 23 GE zu subsumieren“. Die Begr. denkt dabei lediglich an den schon in § 20 geregelten Tatirrtum betr. unrechtausschl. Umstände, der nun, wenn er den I. ü. d. Rwkt. zur

Wenn nun aber der Tatirrtum betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt als solcher nach § 20 und nicht nach § 23 GE. zu beachten ist, so muß dies um so mehr für den Tatirrtum betr. Merkmale des gesetzlichen Tatbestands gelten. Auch er findet im GE. für sich allein, ohne Rücksicht auf den Folgeirrtum ü. d. Rwkt., in § 20 GE. seine Regelung.

Sonach sind nach dem GE. beachtliche Irrtumsformen:

1. Der Tatirrtum betr. Tatbestandsmerkmale, mitgeregelt beim Vorsatz in § 20 GE (Schema S. 4 f. 1 a, s. S. 57 f. 2 a, aa.)

2. Der Tatirrtum betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt für sich allein, mitgeregelt in § 20 GE. (Schema S. 5 2 a, s. S. 57 f. 2 b, aa.)

3. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit, wenn er als Folgeirrtum beruht auf einem Quellirrtum über einen rechtfertigenden Rechtssatz, ein rechtfertigendes „Rechtsverhältnis" § 23 GE. (Schema a. a. O. Ziff. 2 b, bb, 2 b, aa, wohl auch 1 b, aa, s. aber auch S. 14 Anm. 58 a. E.)

Die Rechtsfolgen sind für alle drei Arten des Irrtums gleich geregelt. Der Irrtum schließt in allen drei Fällen den Vorsatz aus (S. 57 f. Ziff. 1 B a, aa) und führt, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht, zur Straffreiheit. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so ist der Täter in den Fällen, wo fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist, wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen (S. 57 f. Ziff. 1 B, b, bb, α). Für den Irrtum oben zu 1. folgt dies aus § 22 mit § 20 I, ebenso aber für den Irrtum zu 2., den Tatirrtum betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt, der nach der richtig verstandenen Begr. ebenfalls Irrtum über — negative, einschränkende, s. unten § 7 — Tatumstände ist, so daß auch auf ihn die §§ 22, 20 I Anwendung finden (s. aber auch S. 14 Anm. 58), für den fahrlässigen Irrtum des § 23 folgt dies aus der ausdrücklichen Regelung des § 23.

§ 4. Die Entwürfe von 1913 und 1919.

Die Stellung der Entwürfe 1913 und 1919 ist folgende:

I.

Vorsatz ist für beide Entwürfe — E. 13 § 17, E. 19 § 11 — im wesentlichen Wissen und Wollen der Merkmale des „Tatbestands der strafbaren Handlung"[59]). Neben Vorsatz und Fahrlässigkeit nennt

---

Folge hat, wahlweise nach § 20 oder nach § 23 GE behandelt werden könne. Vgl. hierüber unter dem Gesichtspkt. der Stufenfolge der Irrtumsprüfung unten § 10 S. 62 f. sub. II.

[59]) Dabei berührt die Begr. zu E 19, S. 23, den Sinn von E 13 wiedergebend, (der E 19 normiert anders, s. u.), bereits das Problem der „normativen Tatbestandsmerkmale" rechtlichen Charakters. Wissen und Wollen müsse sich nach E 13 beziehen auch auf „Rechtsbegriffe", aber nur dann, wenn sie „im Tatbestand zu eigentlichen Tatbestandsmerkmalen erhoben worden sind" (Beisp.: Fremdheit der Sache); dagegen nicht auf sogenannte Komplexbegriffe, (Urkunde, Beamter), die zur Bildung des Tatbestands verwandt sind. Zur Lösung des Problems ist damit allerdings kaum etwas beigetragen; es sind nur zwei Gruppen geschieden und benannt, deren wesentlicher Unterschied nicht ersichtlich gemacht ist. Ueber Komplexbegriffe s. u. S. 46 A. 190.

§ 10 Abs. 2 E. 19 und die Begr. S. 21 zu § 10 als weitere Schuldvoraussetzung die Zurechnungsfähigkeit. Hier sind „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" verstanden als Voraussetzungen, nicht als Formen, Arten der Schuld; anders wohl in § 17 des E. 13 und in § 11 des E. 19, sowie nach der sonstigen Verwendung der Begriffe in der Begr. Die unsichere Verwendung der Worte „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit", teils im Sinne von Schuldvoraussetzung, teils im Sinne von Schuldart, läuft durch alle Entwürfe.

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört weder nach E. 13 noch nach E. 19 als notwendiges Erfordernis zum Vorsatz, wie schon aus der Fassung und Stellung des § 114 E. 13, im Gegensatz zu § 17 II E. 13, und aus der Fassung des § 12 E. 19 hervorgeht.

Ueber das Wesen der Schuldausschließungsgründe als Fälle außergewöhnlicher Motivationslage enthält die Begr. zu E. 19 so wenig wie der VE. 09. Notstand ist Notrecht, nicht Schuldausschließungsgrund.

II.

Die Irrtumsbehandlung gestaltet sich in beiden Entwürfen wie folgt:
A) im E. 13 § 17.

1. Der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale schließt den Vorsatz aus (S. Begr. zu E. 19, S. 23). Auch der Rechtsirrtum über strafrechtliche oder außerstrafrechtliche R e c h t s begriffe im Tatbestand ist relevant, aber nur, wenn sie „eigentliche Tatbestandsmerkmale" sind, nicht, wenn Komplexbegriffe, zusammenfassende Begriffe, wie z. B. Urkunde, zur Bildung des Tatbestandes verwandt sind, s. oben zu I S. 15 Anm. 59 (Irrtumsformen im Schema Ziff. 1 a und ein Teil der Formen Ziff. 1 b, aa.) Der Folgeirrtum über die Rwkt. bleibt hier außer Betracht.

2. Weiter ist ohne Rücksicht auf den Folgeirrtum über die Rechtswidrigkeit vorsatzausschließend der T a t s a c h e n irrtum betr. Umstände, die einen Rechtfertigungsgrund bilden würden, § 17 II[60]):

„Nicht vorsätzlich handelt, wer auf Grund tatsächlichen Irrtums einen nicht zum Tatbestand gehörenden Tatumstand annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde."

3. Im übrigen entscheidet das Vorliegen des Folgeirrtums über die Rechtswidrigkeit, § 114 E. 13, und zwar in folgenden Fällen:

a) beim Rechtsirrtum betr. Merkmale eines Unrechtausschließungsgrundes (Schema Ziff. 2 b, aa), da dieser nicht unter die Regelung des § 17 II fällt, s. Begr. E. 19 S. 24 und sofort zu B.;
b) bei irrtümlicher Annahme des Bestehens eines Unr.A.Gr., der in der Rechtsordnung nicht besteht (Schema Ziff. 2 b, bb);

---

[60]) Der Täter irrt hier nicht über den Tatbestand, das ist bei Beck Unrechtsbew. zu § 17 II E 13 S. 21 richtig, unrichtig ist aber, daß dies notwendig ein Irrtum ist über „die Berechtigung, ihn zu erfüllen", also über die Rwkt. Letzterer ist wohl regelmäßiger, aber doch nicht notwendiger Folgeirrtum des Irrtums über unrechtausschließende Umstände (S. Einl. S. 6/7) und muß vom Quellirrtum prinzipiell geschieden werden. Unrichtig ist daher auch — s. darüber unten § 10 II S. 62 f. —, daß die vorsatzausschließende Wirkung des Irrtums über unrechtausschließende Umstände „allein in dem fehlenden Unrechtsbewußtsein" (Beck S. 21) zu finden sei.

c) bei Irrtum betr. das Bestehen eines Verbotsrechtssatzes (Schema 1 b, bb) und

d) doch wohl auch dann, wenn der Täter sich im Rechtsirrtum betr. ein Tatbestandsmerkmal befindet, das zu den Komplexbegriffen, s. oben Ziff. 1, zählt (ein Teil der im Schema zu 1 b, aa zu zählenden Fälle)[61]). Ist der in § 114 KE. behandelte I. ü. d. Rwkt. verschuldet, so tritt im Rahmen des § 114 Abs. 1 Strafmilderung ein; ist er „entschuldbar" (§ 114 Ab. II), so kann die Strafe nach freiem Ermessen gemildert und U. von Bestrafung ganz abgesehen werden.

B) Dieser Regelung im E. 13 gegenüber enthält die des E. 19 einschneidendere Unterschiede, als es auf den ersten Blick scheinen möchte.

1. Nur in der Begründung zu E. 19 (S. 24) ist ausdrücklich erwähnt der I. ü. d. Zurechnungsfähigkeit, er soll unbeachtlich sein.

2. Jeder Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale, tatsächlicher und rechtlicher, und letzterer, auch wenn er (Rechts-) Irrtum über Komplexbegriffe ist, schließt den Vorsatz aus[62]). Zu der für Bejahung des Vorsatzes vorausgesetzten Kenntnis, also zur Verneinung eines Irrtums betr. Komplexbegriffe soll aber genügen, wenn der Täter die einzelnen Merkmale des Komplexbegriffes nach ihrer tatsächlichen und rechtlichen Seite kenne; ob er sie richtig unterordne, darauf komme es nicht an.

3. Der Irrtum über unrechtausschließende Umstände ist im E. 19 ebenfalls anders geregelt als im E 13. Hieß es im § 17 II des E 13: „Nicht vorsätzlich handelt, wer auf Grund tatsächlichen Irrtums einen nicht zum Tatbestand gehörigen Tatumstand annimmt", so sagt § 11 II des E. 19: „Vorsätzlich handelt nicht, wer irrtümlich einen Tatbestand annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht . . ." Ueber die Auslassung der Worte „auf Grund tatsächlichen Irrtums" in § 11 II des E. 19 sagt die Begr. S. 24, der E. 19 gehe „insofern über beide (das geltende Recht und den Komm. E.) hinaus, als er auch hier nicht unterscheide, ob der Irrtum ein tatsächlicher oder rechtlicher ist"[63]). Anders gesagt: Nicht nur der Tat-

---

[61]) Kein geringerer als Lukas, DJZ 1914 Sp. 249 f., der doch mit der damaligen Arbeit an der Strafrechtsreform in enger Fühlung stand, konnte nicht zur Klarheit darüber kommen, ob § 114 des E 13 auch den „außerstrafrechtlichen" Rechtsirrtum regeln wolle, oder ob nur der „strafrechtliche" in § 114 behandelt, der „außerstrafrechtliche" dagegen in § 17 II geregelt sei. Der Text oder die Begr. gibt zu solchem Zweifel wohl kaum Anlaß. Man sieht, wie sehr für Lukas die Unterscheidung des RG beinahe feste Denkform geworden ist.

[62]) Für eine andere Regelung Goldschmidt in JW 22 S. 254 Sp. 2. Irrtum betr. Rechtsbegriff, die zu „eigentlichen Tatbestandsmerkmalen" erhoben seien (E 19 akzeptiert diesen Begriff aber nicht), müßte als Fall des „Rechtsirrtums" nur zusammen mit dem Folgeirrtum ü. d. Rwkt. beachtet werden, also unter § 12 E 19 (unter § 21 seines Entwurfs, a. a. O. S. 252) fallen. Er verkennt aber die selbständige Bedeutung des Irrtums betr. Tatbestandsmerkmale, s. u. § 10 II S. 62 f., und verwechselt Irrtum betr. Rechtsbegriff mit Rechtsirrtum (ersterer kann auch ein Tatirrtum sein).

[63]) Die Streichung der Worte: „auf Grund tatsächlichen Irrtums" fordert auch v. Hippel LZ, 1918 Sp. 1041, als irreführend. Auch Ebermayer JW 22 S. 245 Sp. 1 weist auf die Verbesserung in E 19 hin.

irrtum, sondern auch der Rechtsirrtum betr. Voraussetzungsmomente von Unr.A.Gr. schließt den Vorsatz aus. Diese Erweiterung ist notwendig und berechtigt; wie es berechtigt und vom E 19 durchgeführt ist, grundsätzlich Tat- und Rechtsirrtum betr. Merkmale des Tatbestandes gleich zu behandeln, so rechtfertigt sich auch die grundsätzliche Gleichstellung tatsächlichen und rechtlichen Irrtums betr. Momente eines Unr.A.Gr.[64]).

4. Auch der § 12 des E 19, betr. den Irrtum über das Erlaubtsein der Handlung, ist inhaltlich gegenüber dem ihm entsprechenden § 114 des E 13 erweitert. War hier als Quellirrtum des I. ü. d. Rwkt., der unter § 114 fällt, nur der „Rechtsirrtum", der Irrtum „über das Gesetz oder seine Anwendbarkeit", genannt, so umfaßt der § 12 des E 19, wie der ausdrückliche Gesetzeswortlaut zeigt, als Quellirrtum des I. ü. d. Rwkt. jeden — tatsächlichen und rechtlichen — Irrtum, der nicht nach § 11 Abs. I oder II den Vorsatz ausschließt.

5. So ergibt die Irrtumsbehandlung des E 19 folgendes Bild:

a) Vorsatzausschließend ist nach dem E 19, der das Bewußtsein der Rwkt. zum Vorsatz nicht erfordert, nur der Irrtum und jeder Irrtum über Momente, die die Rwkt. der Tat konstituieren, einerseits der Irrtum — Tatirrtum und Rechtsirrtum — betr. Tatbestandsmerkmale, d. h. betr. Merkmale des spez. Deliktstyps Schema Ziff. 1 a, 1 b, aa), andererseits der Irrtum betr. Momente eines Rechtfertigungsgrundes als einer weiteren — negativen — Voraussetzung der Rechtswidrigkeit der Tat in concreto, und zwar wiederum sowohl der sie betr. Tatirrtum als der Rechtsirrtum (Schema Ziff. 2 a, 2 b, aa).

b) Der Irrtum über die Rwkt., soweit er nicht auf einer der zu a) genannten Irrtumsformen als Quellirrtum beruht, schließt den Vorsatz (Vorsatz = dolus malus) nicht aus, doch soll er als „unverschuldeter" nach E 19 § 12 Abs. II den Täter straffrei machen und als verschuldeter nach § 12 Abs. 1 obligatorische Strafmilderung zur Folge haben[65]). Solcher Irrtum, der nicht auf einem zu a) genannten Irrtum als =uellirrtum beruht, kann veranlaßt sein[66]).

aa) durch irrtümliche Nichtkenntnis der Existenz eines die Rechtswidrigkeit eines solchen Verhaltens aussprechenden Verbotsgesetzes (Schema Ziff. 1 b, bb)[67])

---

[64]) Auch hier für eine andere Regelung Goldschmidt JW. 1922, S. 254 f., entspr. dem S. 17 Anm. 62 Angeführten. Auch Gleispach 1921, S. 14 meint, aus dieser Gleichstellung tatsächlicher und rechtlicher Momente ergebe sich eine „eigentümliche Folge". Doch kann er dies nur sagen, weil er die Frage, ob nicht der Irrtum über Unrechtsausschließungsgründe per se bedeutsam ist (s. o. S. 6/7) verkennt.

[65]) Gegen diese Regelung Gleispach, Der Deutsche St.G.E. 1921, S. 20, insbes. dagegen, daß der I. ü. d. Rwkt. nicht die Vorsatzschuld ausschließen, das Bewußtsein der Rwkt. nicht zur (Vorsatz-)Schuld gehören soll. Man stehe hier „vor einer unverschuldeten Schuld, die von einer verschuldeten Schuld zu unterscheiden wäre".

[66]) Begr. S. 24 f.

[67]) Begr. S. 24 (Täter nimmt an, seine Tat sei überhaupt nicht verboten).

bb) durch irrtümliche Annahme rechtlichen Anerkanntseins eines in der Rechtsordnung nicht anerkannten Unrechtsausschließungsgrundes, Begr. S. 24 f.: Der Täter nimmt irrig an, das Gesetz kene einen Rechtfertigungsgrund, den es in Wahrheit nicht kennt, z. B. Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder (Schema Ziff. 2 b, bb)[68]).

Der unter b) beschriebene I. ü. d. Rwkt., veranlaßt durch die Formen des Quellirrtums oben zu aa) und bb), beseitigt zwar nicht die Schuld, doch ist (obligatorisch) die Strafe zu mildern, auch wenn er verschuldet ist, und der Täter ist straffrei, wenn der Irrtum „unverschuldet" ist.

Wenn man die Auffassung des E 19 voraussetzt, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz gehöre, muß seine Irrtumsbehandlung eine im Wesentlichen geschlossene genannt werden.

§ 5. Der Entwurf 1925.

I.

1. Den E 25 unterscheidet eine wesentlich vertieftere Einsicht in das Wesen der „allgemeinen Verbrechensmerkmale" und in das Problem der Schuld von allen seinen Vorgängern. Diese Feststellung kann zwar nur unter dem Vorbehalt erfolgen, daß die uneinheitlich zerstreuten, relativ kurzen Ausführungen der Begründung ihre Auffassung immer nur angenähert erkennen lassen. Unsicherheit in diesen Problemen ist auch ein Merkmal des E 25 und seiner Begr.

Zum ersten Male sind Rechtswidrigkeit, Schuld, Strafbarkeit, negativ gesehen Unrechts-, Schuld- und Strafausschließungsgründe (und objektive Strafbarkeitsbedingungen) deutlich geschieden, sie sind unter den Oberbegriff „allgemeine Verbrechensmerkmale" gebracht[69]). Große Unsicherheit zeigt der E aber noch bei dem Versuch, diese Merkmale nach ihrem Wesen voneinander abzugrenzen, Unsicherheit auch bei der Zuteilung einzelner Verbrechensvoraussetzungen zu den einzelnen Gruppen. Rechtfertigungsgründe und Schuldausschließungsgründe werden[70]) zunächst nach einer ihnen vom E 25 erst beigelegten, ihr Wesen nicht notwendig betreffenden Wirkung unterschieden. Erstere sollen allen Beteiligten, letztere nur „dem, in dessen Person das Verbrechensmerkmal fehlt," zugute kommen. Diese unterschiedliche Wirkung wird aber nicht aus dem Wesen beider erklärt, sondern es wird nur gesagt[71]): „Ob die eine oder die andere Wirkung eintreten soll, ist eine Frage, die der Gesetzgeber zu entscheiden hat," und l. c. weiter unten: „Man kann (!) die schwächere Wirkung als Schuldausschließungsgrund, die stärkere als Rechtfertigungsgrund bezeichnen." Das Wesen der Un-

---

[68]) Der Eigenart dieses Falles wird Dohna, Recht und Irrtum S. 24 f., s. auch S. 27 und in seiner Polemik gegen E 19 nicht gerecht. Schief auch daselbst: im Fall E 19 § 11 Abs. 2 habe der Täter sich (sc. stets) befugt geglaubt (das ist Regel, aber nicht notwendig, s. o. S. 6/7).

[69]) S. 12 Sp. 2, S. 13 Sp. 1 Begr.

[70]) S. 13 Sp. 1 Begr.

[71]) S. 13 Sp. 1 Begr.

rechtausschließungsgründe ist klar erkennbar gezeichnet in der Begr. zu § 21 und § 22 E 25. Sie dienen der „Rechtfertigung der Tat“[72]). Auch die Strafausschließungsgründe sind richtig beschrieben: „Fälle, in denen ... der sonst gegebene Strafanspruch ... nicht zur Entstehung gelangt“[73]). Eindeutiger könnte es heißen: „Fälle, in denen der Strafanspruch trotz Vorliegens von Rechtswidrigkeit und Schuld ... nicht zur Entstehung gelangt.“ Ersichtlich ist aber die Definition so gemeint.

Besondere Beachtung verdient, wie sich im E 25 die Erkenntnis vom Wesen der Schuldausschließungsgründe anbahnt. Schuldausschließungsgründe sind nach der Begr. u. anderem der Irrtum des § 13, Nothilfe und Notstand des § 22 E 25[74]). Der Notstand — Handeln zur Abwendung gegenwärtiger, nicht anders abwendbarer Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem andern — soll nach § 22 „straffrei“ sein dann, wenn dem Täter „nach den Umständen nicht zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden“. Und Begr. S. 21 Sp. 2 unten ist treffend gesagt, der Gesetzgeber erkenne den Notstand, auch wenn er verschuldet sei, als „Strafausschließungsgrund“ an, „weil er sich über die Tatsache nicht hinwegsetzen kann, daß in der äußersten Not die abschreckende Wirkung seiner Strafdrohungen versagt und ihre Anwendung dem Rechtsgefühl als ungerecht erscheint“. Hier tritt deutlich das „motivatorische Schuldelement“[75]) zu Tage, das nach seiner ersten — noch unscharfen — Nennung durch Frank (Aufbau 1909) in seinem Wesen klar von Goldschmidt und Hegler erkannt und nachdrücklich hervorgehoben worden ist[76]). Auch für die Notwehrüberschreitung ist der motivatorische Grundgedanke der Vorschrift richtig damit[77]) bezeichnet, daß der Entwurf verlangt, „daß gerade wegen der Aufregung oder der Bestürzung dem Täter aus der Ueberschreitung kein Vorwurf gemacht werden kann, seine Tat aus diesem Grunde entschuldbar ist“. Dieses Verdienst des E 25 wird zwar verkleinert, aber nicht aufgehoben durch die Zaghaftigkeit und mangelnde Konsequenz in der richtigen Benennung der richtig erkannten Schuldausschließungsgründe. Notstand und Nothilfe des § 22 E, in der Einleitung zum 2. Abschnitt der Begr.[78]) richtig als Schuldausschließungsgründe benannt, werden weiter unten zu §§ 20—22[79]) doch wieder nur (persönliche) Strafausschließungsgründe genannt, desgl. wird als Strafausschließungsgrund bezeichnet die Notwehrüberschreitung des § 21 III, Begr. S. 20 Sp. 2, wiewohl ihr Wesen dort richtig (s. soeben) als „entschuldbar“ beschrieben ist.

---

[72]) S. 22 Sp. 1 letzt. Abs. Begr.
[73]) S. 13 Sp. 1 Begr.
[74]) Die Notstände des BGB. sind richtig, Begr. S. 13 Sp. 1, als Rechtfertigungsgründe bezeichnet, S. 20 Sp. 2 zu § 22.
[75]) Mezger Lehrb. § 36 III S. 273.
[76]) Frank Aufbau 1909, bes. S. 12 f., Goldschmidt Notst. 1913 in Oest. Z. 4, Hegler Z. f. d. ges. Strw. 36 (1914), 214 f., vgl. auch Freudenthal, Schuld und Vorwurf 1922.
[77]) S. 20 Sp. 2 zu § 21.
[78]) S. 13 Sp. 1.
[79]) S. 19 Sp. 2, 21, 1 u. 2.

2. Der Vorsatz ist im Text des E nicht definiert. Die Begr. läßt nicht klar erkennen, ob sie „Vorsatz" in dem Sinne als Schuldvoraussetzung, oder in dem anderen als Schuldart versteht. Glaubt man nach den einleitenden Sätzen der Begr. vor § 17[80]) die Terminologie „Vorsatz" = Schuldvoraussetzung verwendet, so läßt sich aus den übrigen Stellen der Begr.[81]) eine klare Terminologie nicht erkennen. Ausgangspunkt ist: Mit Ausnahme der Strafbarkeitsbedingungen und der Strafausschließungsgründe, mit einer Modifikation für die in den Tatbestand aufgenommenen „zusammenfassenden Rechtsbegriffe"[82]) gehört zum Vorsatz Kenntnis des „ganzen Sachverhalts, an dessen Eintritt die Strafe geknüpft ist"[83]). In S. 13 Sp. 1 Begr. ist der Irrtum des § 13, der Irrtum über „das Unerlaubte der Tat", „Schuldausschließungsgrund" genannt; hieraus müßte gefolgert werden dürfen, daß Kenntnis des Unerlaubten, d. h. das Bewußtsein der Rwkt. Bestandteil schuldhaft vorsätzlichen Handelns, Vorsatzbestandteil (im Sinn von Vorsatz = Schuldart) sei. § 13 scheint dasselbe zu besagen: „Ein Irrtum, der den Täter das Unerlaubte seiner Tat nicht erkennen läßt, schließt die Bestrafung wegen schuldhaft vorsätzlichen Handelns aus." Um „die Entwicklung der Vorsatzlehre nicht durch gesetzliche Entscheidungen zu behindern," macht die Begr.[84]) aber doch noch einen Vorbehalt: „diese Regelung" kommt nur „der Auffassung derer sehr n a h e[85]), die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu einem Bestandteil des Vorsatzes machen oder neben dem Vorsatz („Vorsatz" im psychologischen Sinne?) zur Strafbarkeit erfordern wollen"; jedoch „enthält sich der Entwurf ... absichtlich einer Stellungnahme ... und spricht nur die Folge aus, ohne den Grund ... anzugeben"[86]). Der Entwurf übersieht, daß die Verfügung einer mit solcher Grundsätzlichkeit wie in § 13 ausgesprochenen Folge mit Notwendigkeit auf deren Grund zurückschließen läßt[87]).

II.

Und die Irrtumsvorschrift des § 13, betreffend den Folge-Irrtum über die Rechtswidrigkeit, beherrscht in der Tat zunächst einmal rein äußerlich, als einziger Irrtumsparagraph, die Irrtumsregelung des Entwurfs. Sehen wir, wie weit die G e s e t z e s einheit auch s a c h l i c h e Einheit bedeutet.

---

[80]) S. 17 Sp. 1.
[81]) Begr. zu §§ 12 und 13, S. 13 Sp. 1
[82]) Begr. S. 15 Sp. 1.
[83]) S. 13 Sp. 2 zu § 12, S. 15, Sp. 1 zu § 13 E 25. „Sachverhalt" ist hier nicht bloß = tatsächlicher Sachverh. von der Begr. gebraucht, also anders als üblich.
[84]) S. 16 Sp. 1.
[85]) Vom Verf. gesperrt.
[86]) S. 16 Sp. 1 oben.
[87]) S. auch Gerland, E 25 S. 33. Eine seltsame Ausdeutung erfuhr der § 13 durch Kohlrausch in Reform 1926, S. 23: § 13 verlange zum Vorsatz nur die M ö g l i c h k e i t, das Unerlaubte der Tat zu erkennen. Diese Ausdeutung ist gezwungen und daher abzulehnen. Die Frage, ob der § 13 indirekt das Bewußtsein des Unerlaubten zum Vorsatz fordere, ist sehr bestritten, s. darüber Marcetus a. a. O. S. 55. Dafür z. B. Ebermayer DJZ. 1927, 676, Bumke DJZ. 1925, 24, H. A. Fischer DJZ. 1926, 1285.

1. Dem § 13 kommt jedenfalls nicht die Bedeutung zu, daß nur der Irrtum über „das Unerlaubte" Relevanz haben könne. Der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale (Tatirrtum sowohl als Rechtsirrtum) (Schema S. 4 f. 1 a und 1 b, aa) schließt den Vorsatz und Vorsatzstrafe auch dann aus, wenn er den Irrtum über das Unerlaubte nicht zur Folge hat. Fahrlässigkeitsstrafe bleibt bei Fahrlässigkeitsdelikten bestehen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Dies ergibt sich aus den Sätzen der Begr. betr. den Vorsatzbegriff[88]). Der § 13 umfaßt diesen Irrtumsfall nicht[89]).

2. Die Begr. zu § 13 gibt als weitere Irrtumsformen neben dem Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale drei Arten des Irrtums über die Rwkt. und dazu den Irrtum über die Strafbarkeit trotz Kenntnis der Rwkt. an. „Zur Lösung dieser drei Fälle soll der § 13 dienen[89]).

a) Der Irrtum über die Strafbarkeit, als nicht unter § 13 fallend, nützt dem Täter nichts, er läßt den Vorsatz bestehen und führt auch nicht zur Aufstellung eines milderen Strafrahmens[90]).

b) Die drei Fälle des Irrtums ü. d. Rwkt. — Quellirrtum ist entweder

aa) Unkenntnis des Täters davon, daß betr. die Gesamtheit der richtig erkannten und gewürdigten Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes ein Verbotsrechtssatz existiert (Schema o. S. 4 f., Ziff. 1 b, bb)[91])[92]) oder

bb) Irrtum betr. das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, sei es

α) infolge tat- oder rechtsirrtümlicher Annahme unrechtausschließender Momente (Voraussetzungsmomente eines rechtlich anerkannten Unrechtsausschließungsgrundes), Schema Ziff. 2 a, 2 b, aa, oder

β) infolge der irrigen Annahme der Existenz eines rechtfertigenden Rechtssatzes, Schema Ziff. 2 b, bb — sollen unter die Regelung des § 13 fallen. Sie schließen Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung aus, auch Fahr-

---

[88]) S. 15 Sp. 1. Unrichtig Beck S. 28, E 25 fasse in § 13 „die gesamte Schuld- und Irrtumslehre zusammen".

[89]) Begr. S. 15 Sp. 2.

[90]) Begr. S. 15 Sp. 2.

[91]) Die Fassung der Begr. (S. 15 Sp. 1) hiezu: der Täter „weiß aber nicht, daß seine Handlung unerlaubt ist", legt die Vermutung nahe, die Begr. sei der Auffassung, hier handle es sich um einen Irrtum ü. die Rwkt., der gar nicht auf einen Quellirrtum zurückführbar sei, hier sei der I. ü. d. Rwkt. gar nicht Folgeirrtum, sondern originärer Irrtum. Richtig ist wohl das Gegenteil, das Verhältnis von Grund und Folge ist auch auf die Beziehung: Irrtum über ein Verbotsgesetz — Irrt. über die Rwkt. zutreffend. Der Grund ist das Abstrakte: Unkenntnis des Verbotsrechtssatzes, die Folge ist das Konkrete: Unkenntnis der Unerlaubtheit der konkreten Tat.

[92]) Der Fall, daß die Nichtkenntnis des Unerlaubtseins auf Tat- oder Rechtsirrtum betr. Tatbestandsmomente beruht (I. ü. d. Rwkt. Folgeirrtum dieses Irrtums als Quellirrtums, Schema S. 4 f. oben Ziff. 1 a, 1 b, aa), behandelt die Begr. überhaupt nicht. Er ist schon per se beachtlich, s. oben Text, qua Irrtum über Tatbestandsmomente, mit einer Modifikation betr. Bedeutungskenntnis, s. u. S. 44 f. sub b.

lässigkeitsstrafe tritt nur bei Fahrlässigkeitsdelikten und nur dann ein, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht[93]).

3. Einen weiteren Irrtumsfall regelt der E noch in § 22 II: den Putativnotstand, und zwar als erster und einziger unter den Entwürfen. Die Vorschrift verdient nähere Beachtung. § 22 I — Nothilfe, Notstand — zeigt folgenden Aufbau: „Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um die ... Gefahr ... von sich oder einem andern abzuwenden, bleibt von der auf die vorsätzliche Begehung der Tat gesetzten Strafe frei, wenn ihm nach den Umständen nicht zuzumuten war, den drohenden Schaden zu dulden"; Abs. II lautet dann: „Hat der Täter eine solche Gefahr irrtümlich angenommen, und beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung". Daraus folgt als weitere implizierte Vorschrift: War der Irrtum unverschuldet, so ist der Täter straffrei. Diese Irrtumsbestimmung des Abs. II enthält in ihrem Voraussetzungsteil gegenüber dem Abs. I eine Beschränkung: Nur der Irrtum über eine solche Gefahr ist beachtlich, der Irrtum darüber, ob die Duldung des drohenden Schadens dem Täter zuzumuten war, ist unbeachtlich. Beide in § 22 II getroffenen Regelungen, die ausdrückliche und die implizierte, bedürfen daher nach dem Sinn der Vorschrift der Ergänzung: ...„wenn ihm nach den von ihm vorgestellten Umständen der drohende Schaden nicht zuzumuten war." In diesem Sinne verstanden, ist die Regelung des Putativnotstands im Einklang mit dem oben zu I, 1. dargestellten motivatorischen Grundgedanken des Notstandes als Schuldausschließungsgrund. Nur auf eine Inkonsequenz in der Regelung des § 22 muß hingewiesen werden: auch eine schuldhaft herbeigeführte Notlage vermag den Täter zu entschuldigen, denn „der Antrieb zum Handeln, den die äußerste Not schafft, wird ... dadurch nicht geringer, daß die Notlage verschuldet ist[94]), während ein verschuldetes putare betr. eine Notstandssituation den Täter der Fahrlässigkeitsstrafe aussetzt.

In welchem Verhältnis steht aber die Vorschrift des § 22 II zum § 13 des E 25? Es ist der Fall denkbar, daß der Irrtum betr. die Notstandssituation des § 22 II E 25 verbunden ist mit einem zweiten Irrtum darüber, daß diese irrig vorgestellte Notstandssituation einen Unrechtsausschließungsgrund bilde (Irrtum Schema Ziff. 2 b, bb, und zwar der in S. 6 Anm. 23 der Arb. besprochene Sonderfall.) Ebensowohl kann aber der Täter wissen, daß die von ihm irrig vorgestellte Notstandssituation nicht die Rechtswidrigkeit, wohl aber das Verschulden in concreto ausschließt, oder aber kann er in der Weise in einem zweiten Irrtum (zu seinen Ungunsten) befangen sein, daß er auch die schuldausschließende Wirkung der irrig als gegeben angenommenen Notstandssituation nicht kennt und glaubt, sein Handeln sei trotz der abnormen Motivierung aus der Notstandssituation strafbar. Daß nun der Irrtum des § 22 II ohne Rücksicht auf den Folge-

[93]) Begr. S. 15 Sp. 2 u. S. 16 Sp. 1.
[94]) Begr. S. 22 Sp. 1 oben.

irrtum über die Rwkt., überhaupt ohne Rücksicht auf einen mit ihm verbundenen weiteren Irrtum per se relevant sein soll, folgt eindeutig aus der Fassung des § 22 und der vom E 25 prinzipiell richtig erkannten Begründung für die schuldausschließende Wirkung des Notstandes (und Putativnotstandes) aus abnormer Motivation[95]). Auch im § 22 II des E 25 findet sich somit ein Fall eines per se, ohne Rücksicht auf einen etwaigen Folgeirrtum relevanten Irrtums, eine weitere Ausnahme von der „einheitlichen" Regelung des § 13.

4. Eine weitere Irrtumskonstellation ist in der Begr. des E 25 offenbar übersehen: die tat- oder rechtsirrtümliche Annahme von Voraussetzungsmomenten eines Unrechtsausschließungsgrundes, wenn sie den Irrtum über die Rwkt. nicht zur Folge hat, s. Ziff. 2 a, 2 b, bb unseres Schemas. Ueber diesen Fall, in den Entwürfen E 13 § 17 II, E 19 § 11 II geregelt, s. o. § 4 II A 2, 3 und II B 3, S. 16/17 d. Arb. Er ist in E 25 weder ausdrücklich im Gesetz noch in der Begr. erwähnt. Die Begr. geht offenbar davon aus, daß der Irrtum, die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen eines Unrechtsausschließungsgrundes notwendig einen Irrtum über die Rwkt. in toto nach sich ziehe, und daher immer einen Fall des § 13 bilde, was (s. schon oben S. 6) nicht richtig ist[96]).

III.

Zusammengefaßt ist die Irrtumsregelung in E. 25 folgende:

1. Der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale — Rechtsirrtum wie Tatirrtum, o. S. 4/5 Ziff. 1 a, 1 b, aa — schließt den Vorsatz und damit die Vorsatzstrafe aus (S. 57 f., Ziff. 2 a, aa).

2. Der Irrtum betr. Merkmale eines Unrechtausschließungsgrundes, Tat- und Rechtsirrtum (o. S. 5 f. Ziff. 2 a, 2 b, aa) schließt, wenn er den Irrtum ü. d. Rwkt. zur Folge hat, Bestrafung „wegen vorsätzlicher Begehung" aus (S. 57 f. 1 B, a, bb), beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so „finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung" (S. 57 f. B b, bb, α).

3. Irrtum betr. die Existenz eines Verbotsrechtssatzes (o. S. 4/5 Ziff. 1 b, bb) schließt zusammen mit dem — hier notwendig hinzutretenden — Folgeirrtum über die Rwkt. Vorsatzstrafe immer aus (S. 57 f. 1 B, a, bb), bei Fahrlässigkeit Behandlung wie zu Ziff. 1 (S. 57 f. 1 B, b, bb, α).

---

[95]) S. o. S. 20 d. Arb.

[96]) Ein Gegenbeispiel gibt Hegler Z. 36 Anm. 91 S. 205, wo das Problem gestellt wird (Bewußtsein der Rwkt. kann gegeben sein trotz irriger Annahme der Voraussetzungsmomente eines [im Recht anerkannten] Unrechtsausschließungsgrundes, bei Hinzutreten eines Rechtsirrtums des Täters zu seinen Ungunsten, also bei Komplikation mit einem gegenläufigen Irrtum), s. auch Zimmerl a. a. O. S. 77 f. Auf die Gefahr der Auffassung des E 25 für die Behandlung mancher Putativdelikte — Gefahr der Bestrafung — weist spez. Zimmerl a. a. O. S. 80 hin; s. seine Beispiele S. 77 f., 79 o. Irrig in dieser Beziehung Dohna, R. u. I., S. 24 f., 27 u., s. schon oben S. 19 Anm. 68, irrig weiter Bruns, H., Kritik der Lehre vom Tatbestand (1932), S. 48 („jedesmal hat der Irrtum zur Folge, daß der Täter die konkrete Tat für erlaubt hält", s. das Vorangegangene: „irrtümliche Annahme eines einem Rechtfertigungsgrund entsprechenden Sachverhalts").

4. Der Irrtum betr. die Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes schließt, verbunden mit dem — hier notwendig hinzutretenden — Folgeirrtum über die Rwkt. ebenfalls Vorsatzstrafe aus (S. 57 f. Ziff. 1 B a, bb), bei fahrlässigem Irrtum Behandlung wie o. Ziff. 1 und 2 (S. 57 f. Ziff. 1 B b, bb, α).

5. Der Tatirrtum über eine schuldausschließende Sachlage (S. 6 Ziff. 4 a) schließt per se Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung aus, fahrlässiger Irrtum zieht bei Fahrlässigkeitsdelikten Bestrafung nach sich.

6. Nicht geregelt ist vom E 25 der Tat- und Rechtsirrtum betr. Momente eines Unrechtausschließungsgrundes (o. S. 5 Ziff. 2 a, 2 b, aa), wenn dieser Irrtum nicht den Irrtum über die Rwkt. in toto zur Folge hat (S. 57 f., 2 b, bb).

Mit Ausnahme der wenigen angeschnittenen Zweifelsfälle zeigt die Irrtumsregelung des E 25 ein geschlossenes Bild[97]).

§ 6. Der Entwurf 1927.

I.

Allgemeines.

1. Der E 27 nennt wie der E 25 bei den „allgemeinen Verbrechensmerkmalen" Rechtfertigungsgründe, Schuldausschließungsgründe und „bloß persönliche" Strafausschließungsgründe[98]). Die Zuteilung der Einzelfälle, insbes. auch zu den Schuldausschließungsgründen, ist im Ganzen dieselbe wie im E 25. Auch im E 27 ist der Notstand „des § 25 Abs. 2 Halbsatz 2" Schuldausschließungsgrund genannt[99]). Bedauerlich bleibt aber, daß in der Begr. von E 27 das Wesen des schuldausschließenden Notstandes nicht wie in der Begr. zu E 25[100]) in treffenden Worten aus dem motivatorischen Schuldelement abgeleitet ist. Wenn das auch, abgesehen von der Hereinnahme der „pflichtmäßigen Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen" in § 25, die zum Notstand als Rechtfertigungsgrund, nicht auch zur Schuldausschließung passen, keinen sachlichen Gegensatz zu E 25 bedeuten wird, so bedeutet es doch einen Mangel, umsomehr, als E 27 auch die Sonderregelung des Putativnotstands fallen ließ, die zur weiteren Klärung des Wesens schuldausschließenden Notstands beigetragen hatte[101]).

2. Zum Vorsatz als Schuldform — die Terminologie des E 27 schwankt wie die des E 25 zwischen Vorsatz = Schuldvoraussetzung[102]) und Vorsatz = Schuldart[103]), dolus malus — gehört neben der Zurechnungsfähigkeit[104]) die Kenntnis der Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes, der tatsächlichen wie der rechtlichen. Im übrigen nennt E 27 kein weiteres Erfordernis schuldhaft vorsätzlichen Handelns.

---

[97]) Vgl. auch unten S. 76 Anm. 290.
[98]) Begr. S. 13 Sp. 1.
[99]) Begr. S. 13 Sp. 1.
[100]) S. oben S. 20.
[101]) S. oben S. 23.
[102]) „Schuldbestandteil", S. 14 Sp. 1 zu § 12 E 27.
[103]) So S. 17 wohl insbes. Sp. 2 letzt. Abs.
[104]) S. 14 Sp. 1 Begr. zu § 12 E 27.

II.

Irrtum betreffende Bestimmungen.

1. Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale für sich allein (s. Schema Ziff. 1 a und 1 b, aa).

„Nicht vorsätzlich handelt, wer irgend eine für den Tatbestand wesentliche Eigenschaft oder Folge seiner Handlung nicht kennt“[105]). Das heißt: Der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale schließt den Vorsatz aus. Grundsätzlich wird nicht unterschieden, „ob die Eigenschaft gegenständlicher oder rechtlicher Natur ist und ob der Irrtum auf einer Sinnestäuschung oder auf Unkenntnis eines Rechtssatzes beruht“[106]). Von dem dem tatsächlichen gleichgestellten rechtlichen Irrtum betr. „rechtliche“ Tatbestandsmerkmale (Ziff. 1 b, aa) wird als unbeachtlich ausgenommen (Begr. S. 17, Sp. 1, Anm. 1) der „bloße Subsumtionsirrtum“. Hier wird sich auch die Begr. zu E 27 der Frage nach dem Maß der vom Täter zu fordernden Bedeutungskenntnis, der Würdigung rechtlicher Begriffe, der Kenntnis ihres Zutreffens im konkreten Fall (der Frage nach dem Subsumtionsergebnis) bewußt, (Schema Ziff. 1 b, aa). Der Lösung dieser Frage dient aber der E 27 mit der Anm. zu S. 17, Sp. 1 in keiner Weise[107]), da nicht gesagt ist, w i e, nach w e l c h e n Gesichtspunkten i n n e r h a l b der Gruppe Ziff. 1 b, aa („Subsumtionsirrtum“ im richtigen, allgemeinen Sinn) zu scheiden ist.

2. Irrtum über die „Rechtswidrigkeit“. Neben den Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale stellt E 27 den Irrtum über die „Rechtswidrigkeit“. Die Rechtswidrigkeit bildet nach der Begr. „neben der Tatbestandsmäßigkeit eine zweite selbständige Voraussetzung für die Anwendung der Strafdrohung“[108]).

a) T a t irrtum betr. Rechtfertigungsgründe als Q u e l l irrtum (Schema Ziff. 2 a). Als die eine Art dieses Irrtums über die Rechtswidrigkeit nennt E 27: „Der Täter kann seine Handlung für erlaubt halten, weil er in einem Tatsachenirrtum befangen ist, der ihm eine Lage vortäuscht, in der die regelmäßig rechtswidrige Handlung ausnahmsweise rechtmäßig wäre“[109]). Gemeint ist der Fall, wo der Irrtum über die Rwkt. Folge eines Quellirrtums über einen unrechtausschließenden tatsächlichen Sachverhalt (Schema Ziff. 2 a) ist. Der Entwurf regelt ihn in § 17 II.

„Den Vorsatz schließt ein solcher Irrtum freilich nicht aus“[110]), trotzdem soll der Täter, wenn dieser Irrtum gegeben ist, „nicht wegen

---

[105]) S. 17 Sp. 1.

[106]) S. 17 Sp. 1. Die Begründung unterscheidet hier Tatbestandsmerkmale „gegenständlicher“ und „rechtlicher“ Art, „rechtlich“ sind (s. o. S. 5 Anm. 19) aber a l l e Tatbestandsmerkmale. Gemeint ist wohl „rechtlich“ im Sinn der Verweisung auf einen Rechtssatz nichtstrafrechtlicher Art oder ausnahmsweise (§ 257) einen strafrechtlichen, aber außerhalb der betr. Bestimmung. Auch betr. diese 2. Art von Momenten nimmt die Begründung mit Recht einen T a t irrtum (Verwechslung) und Rechtsirrtum (Unkenntnis der Eigentumsbestimmungen) als möglich an.

[107]) Ebenso Hegler in Jahreskurse III S. 147.

[108]) S. 17 Sp. 2. Grundsätzlich s. hiezu unten § 8 III S. 37 f.

[109]) S. 17 Sp. 2.

[110]) Begr. S. 17 Sp. 2 u.

vorsätzlicher .... Verletzung bestraft werden"[111]). „Der (tat-) irrtümlichen Annahme eines Sachverhalts, der die Tat rechtfertigen würde, setzt der E die irrige (tatirrtümliche) Annahme eines Sachverhalts gleich, der den Täter straffrei machen würde"[112]). Das könnte im Zusammenhang der Begr. (S. 17, Sp. 2 vorletzt. und letzt. Abs., S. 18, Sp. 1 o.) so verstanden werden, als verdiene dieser letztgenannte Irrtum im Rahmen des § 17 II ebenfalls nur als Quellirrtum für den Irrtum über die Rwkt. Beachtung, da ja nach der Begründung a. a. O. der § 17 II nur Unterfälle dieses Folgeirrtums behandelt, s. dazu unten S. 28 f. Auch dieser Irrtum soll nicht den Vorsatz, aber „die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung" ausschließen.

Für den „Irrtum über einen Sachverhalt, der den Täter straffrei machen würde," nennt die Begr.[113]) zwei Beispiele. Das erste betrifft den Notstand des § 25 Abs. 2 Halbsatz 2, den Notstand als Entschuldigungsgrund. Das zweite betrifft echte „bloße" Strafausschließungsgründe des § 336. Abs. 5 E 27[114]). Sind sie in concreto gegeben, so soll Vorsatzstrafe nicht eintreten, und Fahrlässigkeitsstrafe nur bei Fahrlässigkeitsdelikten, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht, § 19 II E 27.

b) Rechtsirrtum als Quellirrtum.

Als zweite Art des Irrtums über die Rwkt. nennt der E. den Fall, daß der Täter — rechtsirrtümlich — seine Handlung für rechtmäßig hielt, „weil er irrtümlich das Bestehen eines Rechtssatzes annimmt, der sie erlauben würde"[115]) (o. S. 5 Ziff. 2 b, bb) „oder weil er sich nicht einmal ihrer grundsätzlichen Unverträglichkeit mit der Rechtsordnung bewußt ist[116]) (o. S. 5 b, bb). Er findet seine Regelung in § 20 E 27. „Nicht einmal seiner grundsätzlichen Unverträglichkeit mit der Rechtsordnung" wird sich der Täter bewußt, wenn er zwar die Tatbestandsmerkmale kennt, aber über das Bestehen eines sie betreffenden Verbotsrechtssatzes irrt, o. S. 5, 1 b, bb[117]). Durch den

---

[111]) Diese „gekünstelte" Regelung mißbilligt Hegler in Jahreskurse III S. 147, vgl. auch daselbst S. 170 Anm. 49, ähnlich auch Zimmerl, Z. L. v. T., S. 81. Zweifelhaft ist übrigens, ob hier die Begr. von „vorsätzlich" im „psychologischen" Sinne (Vorsatz als Schuldvoraussetzung) oder im Sinne von vorsätzlich — schuldhaft spricht. Wohl beides: nicht zum psychologischen Vorsatz gehörig und deshalb nicht die Vorsatzschuld (den dolus) bedingend. Dann aber liegt die Frage des Bewußtseins der Rwkt. überhaupt außerhalb der Schuld, s. S. 57 f. 1 B a, bb.

[112]) S. 18 Sp. 1 Begr.

[113]) S. 18 Sp. 1 Begr.

[114]) S. 18 Sp. 1 Begr. (Notentwendung unter Ehegatten und Verwandten.)

[115]) S. 17 Sp. 2.

[116]) Der Subsumtionsirrtum (S. 5 Ziff. 2 b, aa), der auch als Quellirrtum des I. ü. d. Rwkt. in toto in Betracht kommt, ist in der Begr. a. a. O. nicht genannt (z. B. der Glaube, das Nichtausziehen des Mieters falle als „Angriff" unter den Notwehrstand). § 20 trifft aber auch ihn (Rechtsirrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt). So auch Zimmerl a. a. O. S. 81 unten (wenigstens nach dem Wortlaut, ob nach der Ansicht der Verf., läßt er dahingestellt).

[117]) Der Subsumtionsirrtum S. 5 Ziff. 1 b, aa fällt nicht darunter, er kann als Quellirrtum (z. B. die Mutter verkennt, daß Geschlechtsverkehr zwischen ihrer Tochter und deren Verlobtem „Unzucht" im Sinne des § 181 StGB. ist) eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit in toto in Betracht kommen, die Begr. nennt ihn aber in

Eingang des § 20 („handelt der Täter vorsätzlich, aber" . . .) und ausdrücklich in der Begründung[118]) ist klargestellt, daß ein solcher auf Rechtsirrtum beruhender Irrtum über die Rwkt. in toto „nicht den Vorsatz ausschließen" soll, er soll „nicht die Kraft haben, die Tat zu einer strafbaren Handlung anderer Art (womit gemeint ist, fahrlässigen Handlung) zu machen"[119]). Der Täter handelt also trotz dieses Irrtums mit „Vorsatz"[120]), gleichwohl ist er von Strafe frei, wenn der Irrtum „entschuldbar" ist. Ist er „nicht entschuldbar", so „kann die Strafe gemildert werden (§ 73)"[121]).

3. Beim Vergleich von § 17 II und § 20 E 27 fällt eine starke Diskrepanz zwischen Gesetzestext und Stellung der Begründung auf. Letztere versichert für § 17 II ebenso wie für § 20, daß der Vorsatz — in § 17 sogar „freilich" — durch den Irrtum nicht ausgeschlossen werde[122]). Im Einklang damit betont § 20 in seinem Eingang: Der Täter handelt trotz Irrtums vorsätzlich. Der § 17 Abs. 2 sagt das jedoch nicht, er sagt eher, nur in zaghafter Formulierung, das Gegenteil: Im Falle des Irrtums wird der Täter „wegen vorsätzlicher Begehung" nicht bestraft. Diese anscheinende Zwiespältigkeit zwischen Begr. und Gesetzestext findet am ehesten so ihre Erklärung: Die Verfasser des E 27 sind der Auffassung, daß der Irrtum über die Rwkt., der in § 17 II geregelt ist (o. 2 a), den Vorsatz ausschließe, der in § 20 geregelte (o. 2 b) aber nicht, sie scheuten sich aber ebenso, wie der E 25 betr. den § 13, die vorsatzausschließende Wirkung grundsätzlich auszusprechen, in Wahrheit war sie wohl als richtig erkannt. Von dieser Auffassung aus entsteht allerdings das unausgeglichene Bild; Bewußtsein der Rwkt. wird als Moment des Vorsatzes (dolus malus) behandelt, wenn sein Fehlen auf einem T a t irrtum betr. einen Unrechtsausschließungsgrund beruht (§ 17 II), es wird nicht als Moment desselben behandelt, wenn sein Fehlen auf einen R e c h t s irrtum betr. solchen (s. o. S. 27) zurückzuführen ist (§ 20). Eine solche teils/teils-Zugehörigkeit eines Momentes zur Vorsatzschuld ist natürlich ein Unding, diese mögliche Folgerung aus der Irrtumsregelung des E 27 wurde nur gezogen, um deren mangelnden Zusammenhang mit klarer Schuldauffassung zu zeigen.

Eine weitere Diskrepanz zwischen der Irrtumsregelung der Begr. und der Gesetzesfassung macht sie noch unbefriedigender. Oben ist gezeigt worden, daß die Begr. den in § 17 II geregelten Irrtum nur

---

diesem Zusammenhang nicht, er fällt (s. o. S. 26) schon per se unter § 17 Abs. 1 (wenigstens meist, s. o. S. 26 f.).

[118]) S. 20 Sp. 1 Begr.

[119]) S. 20 Sp. 2 Begr.

[120]) Hier doch wohl wieder gemeint sowohl im Sinne von „psychologischem" Vorsatz u n d als Vorsatz-S c h u l d.

[121]) Diese Lösung ist ebenso gekünstelt wie die zu Ziff. 2 o., vergl. Anm. 111 zu S, 27 o. und Hegler Jahreskurse III S. 148 mit Anm. 55 S. 171.

[122]) Begr. S. 17 Sp. 2 u. S. 20 Sp. 1 („der § 20 ist ferner nicht so zu verstehen, als sei damit das Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit zu einem positiven Erfordernis der Strafbarkeit gemacht").

beachtet wissen will[123]) als Irrtum, „der sich auf die Rwkt. der Tat bezieht“[124]), also nur, soweit er zugleich Quellirrtum des Irrtums über die Rwkt. als Folgeirrtums ist. Dies bringt § 17 Abs. 2 — wieder in auffallendem Gegensatz zu § 20 — aber gar nicht zum Ausdruck, vielmehr erweckt diese Vorschrift den Anschein, als sei der hier geregelte Irrtum über einen rechtfertigenden Sachverhalt für sich allein, ohne Rücksicht auf etwaigen Folgeirrtum — Irrtum ü. d. Rwkt. in toto — beachtlich[124a]). Ist bei der Anwendung des § 17 Abs. 2 seiner Begr., oder ist dem Gesetzestext nachzuhandeln? Denn daß in der Tat die in § 17 II genannten Irrtumsformen den Irrtum über die Rwkt. nicht immer, nicht notwendig nach sich ziehen, ist schon oben mehrfach erwähnt und[125]) an Beispielen erwiesen worden. Auch ist nicht wohl zu glauben, daß die Verfasser des Entwurfs der Ansicht gewesen wären, ein Tatirrtum über einen unrechtausschließenden Sachverhalt oder gar über einen strafbefreienden Umstand der in § 17 II erwähnten Art schließe notwendig den Irrtum über die Rwkt. ein. Will man daher die Fassung des § 17 II nicht einfach auf eine Flüchtigkeit der Redaktoren zurückführen, so bleibt nur die Erklärung, daß die Verfasser des E 27 Zweifel darüber zum Ausdruck bringen wollten, ob der in § 17 genannte Irrtum nicht auch für sich allein, ohne den Folgeirrtum über die Rwkt., Relevanz verdiene.

4. Die Wortfassung des § 17 II weist nun gegenüber dem Standpunkt der Begr. gewisse Vorzüge auf, andererseits gewisse Nachteile.

a) Ein Vorzug ist, daß nach der Wortfassung des § 17 II der Irrtum über einen unrechtausschließenden tatsächlichen Sachverhalt Vorsatzstrafe ausschließt, auch wenn der Täter wegen Unkenntnis der rechtfertigenden Wirkung sein Tun dennoch für unerlaubt hält. Denn Abwesenheit der Vorstellung vom Eingreifen unrechtausschließender Momente ist gegenüber dem Unrechtsbewußtsein selbständiges Vorsatzerfordernis, darüber s. näher unten § 9 IV 2 A b S. 43 und S. 64.

Ein Vorzug ist weiter, daß nach dem Wortlaut des § 17 II die Relevanz eines Irrtums über einen schuldausschließenden Sachverhalt, etwa über eine schuldausschließende Notstandslage per se, ohne Rücksicht auf einen Folgeirrtum beachtlich sein soll, — allerdings ohne daß auf das richtige Kriterium — abnorme Motivationslage s. oben S. 23 f. und u. S. 65 f., abgestellt ist.

Endlich läßt die Fassung des § 17 II — wenn auch vielleicht gegen den Willen der Redaktoren — in einem dritten Punkt eine weitere Auslegung zu als die Begr. Der Irrtum über einen unrechtausschließen-

---

[123]) Soweit er Tatirrtum betr. unrechtausschließenden Sachverhalt ist, und betr. Irrtum über einen nur strafbefreienden Sachverhalt ist die Begr. (S. 17 Sp. zweitletzter und letzt. Abs., S. 18 Sp. 1) jedenfalls nicht klar.

[124]) Begr. S. 17 Sp. 2 „der Täter kann seine Handlung für erlaubt halten, weil“....

[124a]) So versteht offenbar auch Hegler Jahresk. III die Regelung (S. 147. Anders Zimmerl a. a. O. S. 81.

[125]) Einl. S. 7 Anm. 25 und o. S. 24 Anm. 96 vgl. auch Hegler Z. 36 S. 205/06 Anm. 91.

den, einen strafbefreienden „Sachverhalt" ist nach der Begr.[126]) „Tatsachenirrtum". Gemeint sind von der Begr. und von der Gesetzesfassung Irrtum betr. Momente, Voraussetzungen eines Unrecht- (Straf-) Ausschließungsgrundes. Der Irrtum betr. diese Momente kann aber auch ein Rechtsirrtum sein, vgl. o. S. 5 Schema Ziff. 2 b, aa; das dürfte auch den Verfassern des E 27 nicht entgangen sein. Es ist daher davon auszugehen, daß nach der Begr. — im Gegensatz zur Berücksichtigung des Tat- und Rechtsirrtums in § 17 I, s. Begr. S. 17 Sp. 1 — betr. unrechtausschließende Momente nur der Tatirrtum berücksichtigt werden sollte. Aber auch dem Rechtsirrtum (der rechtsirrigen Annahme) betr. solche Momente gebührt Beachtung wie dem Tatirrtum[127]). Zwar kann er, s. o. S. 27 Anm. 114, innerhalb des § 20 E 27 Beachtung finden; ob nach der Auffassung der Begr., die diesen Fall nicht ausdrücklich erwähnt, mag dahingestellt bleiben, denn jedenfalls steht der Wortlaut des § 20 dem nicht entgegen. Da aber der § 20 im Gegensatz zum § 17 II auch dem entschuldbaren Irrtum keine vorsatzausschließende Wirkung beilegt und bei unentschuldbarem Irrtum, ebenfalls anders als § 19 II, durchgängige, nur fakultativ mildere Bestrafung vorsieht, und da ferner unser Irrtumsfall in § 20 nur Beachtung findet bei Vorliegen des Folgeirrtums über die Rwkt. in toto, wäre eine Berücksichtigung des Rechtsirrtums betr. unrechtausschließende Momente per se, mit den Rechtsfolgen des § 17 II, 19 II wünschenswert. Eine solche Berücksichtigung läßt der Wortlaut des § 17 II, 19 II: „Sachverhalt", und der objektive Sinn dieses Wortes — allerdings im Gegensatz zur Auffassung der Begr. S. 17 Sp. 2 — aber zu; zum „Sachverhalt" können sehr wohl rechtliche Momente zu zählen sein[128]).

b) Nachteile hat die Fassung des § 17 II gegenüber der Auffassung der Begr., weil sie, wörtlich genommen, die Strafe wegen vorsätzlicher Begehung auch dann in Wegfall kommen läßt, wenn jemand irrt über einen nur strafbefreienden Sachverhalt, selbst wenn er dabei im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit handelt (s. o. S. 28 f.). Hier ist Unbeachtlichkeit des Irrtums am Platz.

5. Ungerechtfertigt ist in der Begr. zu § 17 II die ausdrückliche Trennung und Verschiedenbehandlung von Irrtum über einen echten nur strafbefreienden Sachverhalt (des § 336 V des Entwurfs) und Irrtum über einen Sachverhalt, der eine „objektive Bedingung der Strafbarkeit"[129]) darstellt. Er ist nur erklärbar aus der unklaren Vermengung von Schuld- und Strafausschließungsgründen unter der Rubrik „Strafausschließungsgründe", wodurch die teleologische Gleichartigkeit von Strafausschließungsgründen und obj. Strafbarkeitsbedingungen — Verbrechensmerkmale außerhalb von Rechtswidrigkeit und Schuld — nicht erkannt wurde.

---

[126]) S. 17 Sp. 2.

[127]) S. auch Zimmerl a. a. O. S. 81, der die Beschränkung des § 17 Abs. 2 auf Tatirrtum tadelt.

[128]) S. auch Ebermayer JW. 22 S. 245 Sp. 2.

[129]) S. 18 Sp. 1 Begr.

6. Der entschuldbare Irrtum ist hinsichtlich der Strafbarkeit in § 17 Abs. II und in § 20 gleich behandelt, er begründet Straffreiheit. Beim unentschuldbaren ergeben sich jedoch verschiedene Folgen: Der des § 17 Abs. II führt bei Fahrlässigkeitsdelikten, wenn er auf Fahrlässigkeit (§ 19 Abs. II), der unentschuldbare des § 20 führt immer zur Bestrafung, er kann aber gem. § 73 milder bestraft werden.

III.

Die Irrtumsregelung des E 27 läßt sich hienach, wie folgt, zusammenfassen:

1. Der Tat- und Rechtsirrtum betr. Tatbestandsmerkmale (S. 4/5 Ziff. 1 a, 1 b, aa) schließt nach § 17 I E 27, der Rechtsirrtum, soweit er nicht i. S. d. Begr. S. 17 Sp. 1 Anm. — s. o. S. 26 — „bloßer Subsumtionsirrtum" ist, den Vorsatz aus (S. 57 f., 2 a, aa).

2. Als „bloßer Subsumtionsirrtum" i. S. d. Begr. schließt Rechtsirrtum betr. Tatbestandsmerkmale (S. 5 Ziff. 1 b, aa), wenn er den Irrtum über die Rwkt. in toto zur Folge hat, Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung gemäß § 20 E 27 aus (S. 57 f. 1 B, a, bb), als fahrlässiger Irrtum hat er fakultative Strafmilderung im Rahmen des § 73 E 27 zur Folge (S. 57 f. 1 B, b, bb, β).

3. Der Irrtum betr. die Existenz eines Verbotsrechtssatzes (S. 5 Ziff. 1 b, bb) erfährt ebenfalls Beachtung gemäß § 20 als Irrtum über die Rwkt., er schließt stets Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung (S. 57 f. Ziff. 1 B a, bb) aus, bei fahrlässigem findet Bestrafung im gemilderten Eahmen des § 73 E 27 statt (S. 57 f., 1 B, b, bb, β).

4. Der Tatirrtum betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt (o. S. 5 Ziff. 2 a) schließt nach dem Gesetzeswortlaut gemäß § 17 II E. 27 die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung immer aus (mißverständlich und zweifelhaft die Begr., s. o. S. 28 f.), (S. 57 f., Ziff. 2b, aa, β), als fahrlässiger zieht er Fahrlässigkeitsstrafe bei Fahrlässigkeitsdelikten nach sich (S. 57 f. Ziff. 1 B, b, bb, β).

5. Der Rechtsirrtum betr. die Momente zu Ziff. 4 (o. S. 5, Ziff. 2 b, aa) unterfällt, zus. mit dem Folgeirrtum über die Rwkt., obwohl er in der Begr. nicht erwähnt ist, dem § 20 E 27, und schließt daher Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung immer aus (S. 57 f. Ziff. 1 B, a, bb), bei verschuldetem Irrtum tritt Strafmilderung ein (S. 57 f. 1 B b, bb, β).

6. Der Rechtsirrtum betr. einen unrechtausschließenden Rechtssatz (o. S. 5 Ziff. 2 b, bb) erfährt, wenn er den Irrtum ü. d. Rwkt. zur Folge hat, dieselbe Behandlung wie der vorgenannte nach § 20 E 27: Ausschluß der Strafe wegen vorsätzlicher Begehung (S. 57 f. 1 B, a, bb), Strafmilderung im Falle verschuldeten Irrtums (S. 57 f. 1 B, b, bb, β).

7. Der Tatirrtum betr. einen schuldausschließenden Sachverhalt schließt den Vorsatz aus, ist er verschuldet, so erfolgt Fahrlässigkeitsstrafe bei Fahrlässigkeitsdelikten.

8. Dieselbe Behandlung wie zu Ziff. 7 erfährt der Tatirrtum betr. einen nur strafbefreienden Sachverhalt, im Gegensatz zum Tatirrtum

betr. den Sachverhalt einer objektiven Strafbarkeitsbedingung, der unbeachtlich bleiben soll.

§ 7. Die Beratungen des Rechtsausschusses und ihr Ergebnis.

I.

Der E 1927 ist inzwischen im Rechtsausschuß dreier Wahlperioden des Reichstags, der III., IV. und V., durchberaten worden. Leider müssen die Protokolle über die Sitzungen, die die Beratung der §§ 17—20 E 27 zum Gegenstand haben, als etwas mangelhafte Erkenntnisquellen für die im Einzelnen vorgetragenen Auffassungen und Standpunkte bezeichnet werden; das rührt nicht nur davon her, daß die Mitglieder des Ausschusses selbst zum größeren Teil juristische Laien oder wenn auch Fachleute, so doch mehr Rechtspraktiker oder -politiker als Theoretiker waren und ihre Auffassung wohl nicht immer mit der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck brachten, sondern außerdem davon, daß die einschlägigen Protokolle wohl auch nicht immer einwandfrei abgefaßt sind. Wertvoll ist, daß wenigstens die verschiedenen Anträge zur Gesetzesfassung im Wortlaut ins Protokoll aufgenommen sind. Neben dem Rechtsausschuß des Deutschen Reichstags tagten auch die gemeinschaftlichen deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtskonferenzen in den Jahren 1927—30 mit dem Zweck der Rechtsangleichung in der deutschen und österreichischen Strafrechtsreform.

II.

Die Gesetzesvorschläge zur Irrtumsfrage, die in Form von Anträgen im Ausschuß eingebracht worden sind, beschränken sich auf den Irrtum über die Rechtswidrigkeit und lehnen sich entweder an die vom E 27 getroffene Zweiteilung desselben nach der Art des Quellirrtums in Rechts- und Tatirrtum an oder gehen von der einheitlichen Behandlung des Folgeirrtums über die Rwkt. aus, für die der E 25 ein Vorbild gibt. Im Einzelnen finden sich alle Stufen der Beachtlichkeit des Irrtums über die Rwkt. von einer minimalen bis zu einer maximalen Relevanz desselben. Verständlich ist, daß im Ausschuß hiebei die Begründungen und Bedenken mehr aus dem Bereich der Rechts- und Kriminalpolitik, der Rechtspraxis, der allgemeinen Parteipolitik geschöpft wurden und die wissenschaftlich grundsätzliche Einstellung zurücktrat. Nur eine politische Gruppe bediente sich des Gewandes grundsätzlicher Stellungnahme zum Problem der Schuld und Strafe: Alexander (Kommunist) trug[130]) eine „wertfreie" Auffassung über das Verbrechen und die „soziale Reaktion" der Gemeinschaft auf das Verbrechen vor. Nicht soll schuldhafte Rechtsverletzung die Voraussetzung für das Eingreifen des Strafrechts, nicht Strafe die Reaktion gegen die Verletzung sein; Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Formen und Grade der Gefährlichkeit, gegen die allein

[130]) 21. Ausschuß, 6. Sitzung, S. 5 Sp. 1, (Zitierweise künftig: 21, 6, 5, 1) und 21, 6, 8, 2.

sich die „soziale Reaktion" richtet, deren Gehalt positiv nicht genannt ist. Offensichtlich zeigt sich eine Anlehnung an den italienischen Entwurf 1921. Alexander trug diese Auffassung dem Ausschuß offenbar in der irrigen Annahme vor, eine wertfreie Schuldauffassung berechtige stärker dazu, die Anforderungen an die Strafvoraussetzungen möglichst hoch zu schrauben und für den Täter möglichst günstig zu gestalten, wie dies von Seite der kommunistischen Mitglieder des Rechtsausschusses vertreten wurde.

Im übrigen sind im Ausschuß folgende Auffassungen betr. den I. u. d. Rwkt. vertreten:

1. Kein Streit herrscht bei denjenigen Mitgliedern des Ausschusses, die Rechts- und Tatirrtum trennen, darüber, daß der T a t irrtum der §§ 17 II, 19 II des E 27 betr. Unrechtsausschließungsgründe Straffreiheit zur Folge haben müsse, wenn er unverschuldet ist, und daß er als verschuldeter Fahrlässigkeitsstrafe nur bei Fahrlässigkeitsdelikten bewirke. Weniger weit in der Bemessung des Einflusses des Tatirrtums auf die Rechtsfolgen geht nur die Formulierung Kahl[131]), die nicht zum Antrag erhoben wurde, und den Irrtum über die Rwkt. ohne Scheidung von Rechts- und Tatirrtum einheitlich behandelt:

„Hat der Täter infolge eines tatsächlichen oder rechtlichen Irrtums, der ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, seine Tat für eine erlaubte gehalten, so ist er straffrei. Hätte er bei pflichtmäßig angewandter Sorgfalt den Irrtum vermeiden können, so bleibt er strafverantwortlich, wird aber milder bestraft" (§ 73).

2. Beim R e c h t s irrtum soll, wenn er als Quellirrtum des Folgeirrtums über die Rwkt. auftritt (E 27 § 20), nach der vorsichtigsten Auffassung[132]), auch wenn er entschuldbar ist, allgemein, aber milder gestraft werden.

3. Die Mehrzahl der Ausschußmitglieder steht auf dem Standpunkt, daß der entschuldbare Irrtum ü. d. Rwkt. des § 20 von Strafe befreie. Im Streit darüber, ob der unentschuldbare Rechtsirrtum obligatorische oder, wie im E 27 § 20 vorgesehen, nur fakultative Strafmilderung bewirken solle[133]), siegte die mildere Auffassung, die der § 20 in der Fassung des Antrags Kahl (Nr. 395 der Drucksachen der 5. Wahlperiode) in seinem Abs. II zeigt: „so ist der Täter strafbar, aber milder zu bestrafen (§ 73)", vergl. den Antrag Dr. Bell und Genossen Nr. 51[134]).

4. Von den 3 nicht angenommenen Formulierungen, die den Irrtum über die Rwkt. e i n h e i t l i c h regeln wollen, gehen 2 in ihrer strafbefreienden Wirkung noch weiter als E 27, sofern sie — die erste — bei unentschuldbarem Irrtum betr. Rwkt. in toto nur die Vor-

---

131) 32. Ausschuß der III. Wahlperiode, Protokoll über die 9. Sitzung, Seite 10 Spalte 1 (Zitierweise künftig: 32, 9, 10, 1).

132) Barth (DNVP.) 32, 9, 7, 1, auch Hampe (WV.) 32, 9, 7, 2.

133) S. einerseits Lohmann 32, 9, 2, 2, Hampe 32, 9, 7, 1, Hergt 32, 9, 11, 1, andererseits Bumke 32, 9, 7, 1, Bell 32, 9, 9, 1.

134) Komm. 32, 9, 10, 2.

schriften über fahrlässiges Handeln Anwendung finden lassen wollen (also nicht stets strafen); die zweite bei Irrtum über die Rwkt. in toto von Entschuldbarkeit überhaupt absieht (Straflosigkeit in jedem Fall). Sie lauten:

Antrag Nr. 41 Ziff. 8 (SPD)[135]):

§ 20.

„Ein Irrtum, der dem Täter das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, schließt die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung aus.

Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung."

Antrag Nr. 28 (Komm.)[136]): Hinter § 15 folgenden § 15 a einzufügen:

§ 15 a.

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn ein tatsächlicher oder rechtlicher Irrtum den Täter das gesetzwidrige der Tat bei ihrer Begehung nicht erkennen läßt"[137]).

Der erstere, der sich an den § 13 des E 25 anlehnt, will unentschuldbaren, auf Fahrlässigkeit beruhenden Irrtum über die Rwkt. in toto ebenso wie Tatirrtum betr. Unrechtsausschließungsgründe nach § 19 Abs. 2 als Fall von Fahrlässigkeit behandelt wissen. Er gleicht darin dem § 13 Abs. 2 des E 25. Der 2. Antrag will auch dem fahrlässigen Rechtswidrigkeitsirrtum nicht nur vorsatzausschließende, sondern überhaupt schuld-, und damit strafausschließende Wirkung beilegen. Noch mehr: Die Fassung „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" erweckt sogar im Vergleich mit § 23 des E 27 den Anschein, als solle der Irrtum über die Rwkt. ohne Rücksicht auf seine Entschuldbarkeit nicht nur die Schuld, sondern die Rechtswidrigkeit der Tat beseitigen, falls nicht die Fassung auf eine Unkorrektheit bei der Redaktion des Antrags zurückzuführen ist. Die dritte einheitliche Fassung einer Vorschrift über den Irrtum über die Rwkt., die oben zu Ziff. 1 wiedergegebene Formulierung Kahl geht in der Lockerung der Strafolgen weniger weit, s. darüber o. S. 33.

III.

Die Mehrheit des Ausschusses hat sich der Sache nach für die Regelung des E 27 entschieden. § 17 II und 19 II sind auf Antrag des Vorsitzenden[138]) in eine Vorschrift zusammengefaßt worden, was

---

[135]) Komm. 32, 9, 1, 1.

[136]) Komm. 21, 6, 8, 1/2, vergl. auch Antr. Nr. 38, 32, 9, 1, 1.

[137]) Es wurde auch beantragt, — für den Fall der Ablehnung des Antrags betr. § 15 a — dem § 20 folgende Fassung zu geben:
„Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem Rechtsirrtum, der ihn das Gesetzwidrige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei" (Komm. 21, 6, 8, Sp. 2 und 9, Sp. 1, Antrag Nr. 30) mit Abs. II und III betr. besondere Ausnahmefälle, in denen ein „entschuldbarer Rechtsirrtum" nicht vorliegen soll.

[138]) Antrag D. Dr. Kahl, Dr. Wunderlich, Nr. 49 (32, 9, 1, 1).

zweifellos eine erhebliche redaktionelle Verbesserung in der Richtung leichterer Verständlichkeit dieser Bestimmungen bedeutet. Zugleich ist dem weiteren Verlangen dieses Antrags entsprechend beschlossen worden, diese zusammengefaßte Vorschrift dem § 20 des E 27 als Abs. 1 voranzustellen und den so gestalteten Paragraph mit der Ueberschrift „Irrtum über die Rechtswidrigkeit" zu versehen.

§ 20 lautet danach:

„Irrtum über die Rechtswidrigkeit".

Abs. 1: „Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder den Täter straffrei machen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht und wegen fahrlässiger Begehung nur dann bestraft werden, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht."

Abs. 2: „Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem entschuldbaren Rechtsirrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei, ist der Irrtum nicht entschuldbar, so ist der Täter strafbar, aber milder zu bestrafen (§ 73)".

Diese Fassung blieb auch in den folgenden Ausschußverhandlungen, nur daß der 18. Ausschuß (V. Wahlperiode) in Abs. 1 noch einen 2. Satz betr. Irrtum über Strafmilderungsgründe einfügte, der hier nicht interessiert.

Damit ist die oben S. 52 f. Ziff. 3 für die Regelung des E 27 aufgezeigte Diskrepanz zwischen Gesetzestext und Begründung in folgendem Punkte aufgehoben: Die Ueberschrift „Irrtum über die Rechtswidrigkeit" stellt doch wohl auch im Gesetzestext klar, daß der Irrtum des § 20, auch in seinem Abs. 1, nur Beachtung finden soll, wenn er als Folgeirrtum den Irrtum über die Rechtswidrigkeit hervorruft. Die Zweifel darüber, wie der Tatirrtum über unrechtausschließende Umstände, der den Irrtum ü. d. Rwkt. nicht zur Folge hat, zu behandeln sei, sind durch diese klarstellende Aenderung aber nicht beseitigt, vor allem ist die Gefahr heraufgeführt, daß mittels unzulässigen argumentum e contrario der Irrtum über einen unrechtausschließenden tatsächlichen Sachverhalt, wenn er ohne den Folgeirrtum ü. d. Rwkt. auftritt, für unbeachtlich erklärt wird.

II. Hauptteil

Die Irrtumslehre im Rahmen der Schuldauffassung

§ 8. Das rechtswidrige Verhalten als Beziehungspunkt für Irrtum und Schuld.

I.

Irrtum und Schuld sind unlösbar verknüpft: das bildete schon den Ausgangspunkt für die Einleitung. Die Irrtumslehre und als Teil von ihr die Darstellung und Behandlung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit kann daher nur dann befriedigen, nur dann hoffen, in allen Teilen Klarheit zu schaffen, wenn sie als Teil der Schuldlehre

betrachtet wird[139]). Einer Darstellung des Irrtums muß eine klare Vorstellung über die Merkmale der Schuld, mehr noch, über die Merkmale des Verbrechens vorausgehen. Wohl taucht regelmäßig nur beim Verbrechensmerkmal „Schuld" die Frage nach bestimmter Kenntnis des Täters auf[140]), wollen wir aber den Inhalt dieser Kenntnis als Gegenstand möglichen Irrtums zuverlässig bestimmen, so müssen wir auch ein Bild vom Wesen und der Funktion der übrigen Verbrechensmerkmale, der „Strafbarkeitsvoraussetzungen" im weitesten Sinn, haben.

II.

Ein Ausgangspunkt von grundlegender Bedeutung für die Bestimmung der Verbrechensmerkmale ist ebenfalls schon in der Einleitung festgehalten worden: die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit zwiefacher Betrachtungsweise menschlichen Verhaltens, um seine Verbrechensqualität zu erkennen. Trennbar ist die Betrachtung und Bewertung der Tat nach ihrer sachlichen, objektiven Bedeutung als von der Rechtsordnung mißbilligte, weil die Interessen der Rechtsgemeinschaft verletzende, und die subjektive, persönliche Betrachtung und Bewertung, die die Verknüpfung der Tat mit der Person des Täters, ihre Zurechnung zur Täterpsyche und die darauf gegründete Verwerfbarkeit dem Täter gegenüber betrifft[141]). Der ersten Betrachtungsweise, die Rechtswidrigkeitsfrage betreffend, mag entsprechen die Funktion der Rechtsnorm als Bewertungsnorm, der zweiten, die Schuldfrage betreffend, die Funktion der Rechtsnorm als Bestimmungsnorm[142]). Darnach stehen Rechtswidrigkeit und Schuld als zwei getrennte, nach ihrem Wesen unterscheidbare Verbrechensmerkmale nebeneinander. Wenn vom Standpunkt einer teleologischen Betrachtungsweise die Frage nach dem Wesen der Rechtswidrigkeit gestellt wird, so kann die Antwort: „Rechtswidrig ist das von der Rechtsordnung mißbilligte Verhalten" als eine Formalantwort nicht immer und nicht voll genügen. Daher wird sie aus den Zwecken des Strafrechts Aufschluß suchen über die Gründe dieser rechtlichen Mißbilligung. Die Antwort wird lauten: Rechtliche Mißbilligung erfolgt, weil das Verhalten die Interessen der Rechtsgemeinschaft verletzt, weil es gemeinschafts-, sozialschädlich ist[143]). Man sollte keine Bedenken tragen, in diesem Sinne vom materiellen Gehalt des Unrechts, der Rechtswidrigkeit zu sprechen, wenn man sich darüber verständigt hat, daß die Erkenntnisquelle für die Feststellung der Interessenverletzung, der Sozialschädlichkeit nur das positive Recht und die ihm innewohnenden Zwecke und Interessenwertungen sind, nie aber ein über-

---

[139]) Am konsequentesten in dieser Richtung neuerdings Mezger, Lehrbuch § 43 f., der auf eine gesonderte Darstellung der Irrtumslehre ganz verzichtet; die Parallele in Gesetzesform Münchner Entwurf 1922 S. 10 f. §§ 11—14.

[140]) Vgl. oben § 1 S. 1 u. Anm. 1.

[141]) Hegler, Z. 36, S. 31, und jetzt Frank-Festgabe I, S. 302 f.

[142]) Liszt-Schm.; 26. Aufl. S. 175, S. 223 u. Anm. 3 das.

[143]) Hegler, Z. 36, S. 31 und Fr.-Festg. I S. 270/71, Liszt-Schm. 26. A. S. 176, Mezger Lehrb. § 25 S. 198.

positives, „natürliches" Recht[144]). Wenn im folgenden das Wort rechtswidrig, Rechtswidrigkeit gebraucht wird, dann ist stets gemeint die formelle, aus der Strafrechtsordnung zu gewinnende Mißbilligung eines Verhaltens durch das Recht; die materielle Rechtswidrigkeit wird stets als solche bezeichnet, wenn es auf sie ankommt.

III.

1. Erstes Erkennungsmittel für die Rechtswidrigkeit menschlichen Verhaltens ist, heute wohl unbestritten, seine Subsumierbarkeit unter den Tatbestand eines speziellen Strafgesetzes. Dieser muß[145]) hiebei verstanden werden als derjenige Teil der speziellen Verbrechensbeschreibung, der zunächst, typisch das Verhalten als rechtswidriges, als Unrecht beschreibt. Nicht alle Merkmale der Verbrechensbeschreibung sind hierunter zu zählen, vielmehr ist alles auszuscheiden, was nur für die Frage des Verschuldens Bedeutung hat, oder was der Gesetzgeber an Strafbarkeitsvoraussetzungen aufgestellt hat, die die Rwkt. der Tat und die Schuld des Täters nicht betreffen[146]). Und nicht nur die objektive Tatseite der Verbrechensbeschreibung, sondern u. U. auch subj. Momente zählen hier mit, soweit sie eben zur Charakterisierung des Täterverhaltens als Unrecht erforderlich sind[147]), andererseits objektive Momente nicht, soweit sie Rwkt. und Schuld nicht betreffen (s. soeben), aber auch nicht, soweit sie allein die Schuld betreffen, „objektive Schuldelemente"[148]).

2. Aber der Schluß, daß ein Verhalten, das einem solchen speziellen Unrechtstyp unterfällt, in concreto rechtswidrig sei, ist nicht untrüglich. Nicht a l l e Voraussetzungen für die Feststellung rechtlicher Mißbilligung eines Verhaltens sind vom Gesezgeber in die Verbrechensbeschreibung aufgenommen worden. Es gibt Momente außerhalb der besondern Verbrechensbeschreibung, die für alle, oder für eine große Zahl von Verbrechenstypen weitere — negative — Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen bilden. Ob jemand in Notwehr einen Menschen tötet, verletzt, der Freiheit beraubt, bedroht, eine fremde Sache beschädigt, in

---

[144]) Hegler, Z. 36 S. 31, vgl. auch S. 23 und Anm. 9. Zu weit und nicht klar genug Liszt-Schm. 26. A. S. 176 f. Eine ausdrückl. Stellungnahme vermißt man bei Mezger Lehrb. § 25, s. aber dens. S. 202 f. Neuerdings wieder nachdrücklich und eingehend Hegler in Fr.-Festg. I S. 271/72 Anm. 2 mit dem Hinweis, daß eine übergesetzliche Interessenbetrachtung noch keine überpositive zu sein brauche, vgl. übrigens auch schon Z. 36, Anm. 9 zu S. 23.

[145]) O. Einl. S. 4 Anm. 15.

[146]) Vgl. Mezger Lehrb., § 21 II und III, S. 175/77, dazu neuestens Bruns, H. Kritik d. Lehre v. Tatbestand (1932), S. 34 f.

[147]) Vgl. die schon oben Einl. S. 1 Anm. 1 zitierten.

[148]) Eine Spezialfrage betrifft den Irrtum über diese sog. objektive Schuldelemente, die Hegler Fr.-Festg. I, S. 253/54, insbes. Anm. 3 S. 253, in scheinobjektive (solche, deren bloße Vorstellung in der Täterpsyche ebenso wirkt, wie objektives Vorliegen) und wirklich objektive, bei denen dies nicht der Fall ist, teilt. Beisp. f. erstere: „uncheliches Kind" für letztere: „in oder gleich nach der Geburt", § 217 StGB. Irrtum ist bei ersteren per se relevant, bei letzteren (vgl. auch Rittler Fr.-Festg. II S. 10) stets irrelevant. Zum Folgeirrtum über die Rwkt. werden sie als nur schuldmildernde Momente kaum je in Beziehung treten. S. jetzt darüber Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Strafr. Abh. Heft 308 (1932).

jedem dieser Fälle hindern die Momente, die die Notwehrsituation ausmachen, daß das betreffende Verhalten, obgleich es unter den Tatbestand fällt, von der Rechtsordnung mißbilligt werden kann. In ihrer Bedeutung für die rechtliche Mißbilligung betrachtet, sind es stets negative Momente, Momente, die diese Mißbilligung verhindern. Dies hat ihnen den Namen „negative Tatbestandsmerkmale“[149]), „negative Tatumstände“ eingetragen. Da es sich bei ihnen um für das Verhalten des Täters ebenso charakteristische, rechtlich ebenso bedeutsame Momente handelt, wie es die im Tatbestand der Verbrechensbeschreibung enthaltenen sind, tragen sie mit Recht die Bezeichnung negative Tatumstände. Gegen die Bezeichnung negative Tatbestandsmerkmale erhebt sich von unserer Betrachtungsweise aus der Einwand, daß das Wort „Tatbestand“ für die in den speziellen Verbrechenstatbestand enthaltene Unrechtsbeschreibung vorbehalten ist[150]). Versteht man mit Engisch a. a. O. S. 12 unter „Tatbestandsmerkmalen“ „nichts weiter als Merkmale eines besonderen Unrechtstyps oder (die einschränkenden Tatbestandsmerkmale) gemeinsame Merkmale mehrerer oder aller Unrechtstypen“, so ist hiemit ein sachlicher Unterschied zu der Darstellung, die hier gegeben wird, nicht bezeichnet. Daß es sich bei diesen gegenüber den speziellen Verbrechensbeschreibungen allgemeineren Unrechtselementen um negative, um „Rechtfertigungselemente“ handelt, begründet gegenüber den Tatbeständen keinen Wesensunterschied: auch in den speziellen Verbrechenstatbeständen finden sich zuweilen solche negative Unrechtselemente, wie Radbruch m. E. richtig nachgewiesen hat[151]). Ein Wesensunterschied resultiert auch nicht daraus, daß der Verbrechenstatbestand (notwendigerweise, vgl. § 2 StGB.) stets eine ausdrückliche gesetzliche Fixierung darstellt, die Unrechtsausschließungsgründe nicht immer in Form einer bestimmten Gesetzesprägung auftreten. Grundsätzlich bestehen auch letztere aus Typen, wie die Notwehr, die §§ 227, 904 BGB., § 127 StPO. Und wo die Unrechtsausschließungsgründe nicht aus dem gesetzten Recht, sondern aus dem Zweck-(Interessen-)gehalt des positiven Rechts als übergesetzliche erst geschöpft werden, bedürfen sie doch typischer Formung, deren größere oder geringere Bestimmtheit, „Elastizität“ sich graduell, aber nicht prinzepiell von der Vertypung der Verbrechenstatbestände unterscheidet[152]): Daher betrifft die Gegenüberstellung von „Tatbestand“, „Tatbestandsmerkmalen“ und Unrechtaus-

[149]) Engisch, Untersuchungen nennt sie S. 11 bezeichnender „einschränkende Tatbestandsmerkmale“.

[150]) Nicht haltbar ist wohl die Unterscheidung, die neuestens Bruns a. a. O. 42 f. zwischen „Unrechtsausschließungsgründen“, „echten negativen Tatbestandsmerkmalen“ (S. 46, z. B. Einwilligung) und „echten“ Rechtfertigungsgründen macht. Bei den ersteren soll (S. 44 f.) das Vorliegen einer typischen Normverletzung verneint werden, bei der letzteren bleibe die Typizität der Handlung unberührt, der Unrechtsgehalt der Tat erscheine aber gegenüber der Wirkung anderer Umstände unbeachtlich, und es gebe (im letzteren Fall) „typische aber dennoch rechtmäßige Normverletzungen“. Aber eine „rechtmäßige Normverletzung“ ist ein innerer Widerspruch, auch bei Notwehr fehlt die Normverletzung.

[151]) Fr.-Festg. I S. 164: „Unbescholtenheit“, „ohne Einwilligung der Schwangeren“.

[152]) Engisch, S. 9 f., insb. S. 10 und 11, auch Radbruch a. a. O. S. 165.

schließungsgründen nur einen Gegensatz bei der Darstellung, dessen Zweckmäßigkeit darin begründet ist, daß diese nicht nur für einen, sondern für eine große Zahl von Tatbestandstypen Bedeutung gewinnen und dies auch für ihre legislative Scheidung von jenen in Verbindung mit dem Gebot der Kürze, Prägnanz und Verständlichkeit des Gesetzes der Grund sein muß. Für die systematische Darstellung ist die Trennung daher „nichts weiter als ein konstruktiver Behelf“[153]). Unter dem Gesichtspunkt, die ausschließlichen und erschöpfenden Voraussetzungen für das rechtliche Unwerturteil über die Tat zu bilden, stehen „Tatbestandsmäßigkeit“ und Abwesenheit von Unrechtausschließungsgründen einander gleichberechtigt und gleichwertig gegenüber. Die Rechtswidrigkeit resultiert aus den beiden Voraussetzungen[154]), deren keiner sie als besonderes Zubehör zugeschieden werden kann. Unrichtig ist jedoch auch zu sagen: „Das Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit hat neben dem der Tatbestandsmäßigkeit keine besondere Bedeutung“[155]), selbst wenn man die oben S. 70 a angeführte Terminologie von „Tatbestandsmerkmalen“ im Sinne Engischs zugrundelegt. Denn auch dann bleibt die Erkenntnis, daß die Rechtswidrigkeit zwar nicht neben jener Tatbestandsmäßigkeit im weiteren Sinn (gleich Tatbestandsmäßigkeit plus Abwesenheit von Unrechtausschließungsgründen) stehen, auch — falls man von einer Einheit der Rwkt. ausgeht — nicht für letztere allein in Anspruch genommen werden kann, daß sie aber doch — notwendige, vom Recht beigelegte — Eigenschaft, oder richtiger vielleicht: Folge (Fällung eines Umwerturteils) dieser Tatbestandsmäßigkeit i. w. S. ist[156]). Als solche dient sie zur wesentlichen Charakterisierung einer Seite der Tat als

---

[153]) Gleispach, Strafgesetzentwurf 1921 S. 13, s. auch Engisch S. 10 zu b, Mezger § 22 II S. 184: „nur ... Darstellungsform“, „nur ein Hilfsmittel“, einen interessanten weiteren Grund für die negat. Fassung Zimmerl, S. 84 f. „Tatbestand und Unkenntnis“.

[154]) Weiz, Strafr. Abh. 286, S. 15: „Jedes Tatbestandsmerkmal ist mittelbar Element der Rechtswidrigkeit“. ... „enthält ein ‚Stück der Rechtswidrigkeitsfrage‘“. Auch dem Meinungsstreit Liszt-Schm, 25. Auf. § 32 B I u. Anm. 7, (Anders jetzt neue (26.) Auflage § 32 S. 179 f., spez. 185 f. Anm. 14.) Mezger Lehrbuch S. 182 § 22 kann nur Darstellungswert, keine sachliche Bedeutung beigemessen werden. (Ist der Tatbestand ratio essendi, ist er nur ratio cognoscendi der Rwkt.?) Die richtige Ansicht s. Hegler Fr.-Festschr. I S. 273 f., bes. Anm. 4. — Logisch von einem gewissen Standpunkt (Einheit der Rwkt.) aus richtig, teleologisch aber unrichtig ist das von Dohna, Recht und Irrtum, 1925 S. 3 im Anschluß an Beling, L. v. Verbr. S. 146, s. auch Grundzüge 8./9. Aufl. S. 22 gegebene Bild, „Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als zwei sich schneidende Kreise zu denken, deren gemeinsam bestrichene Fläche den Bereich strafbarer Handlungen ausmacht“. Gegen dieses Bild schon Hegler Z. 36, S. 35. So nahe Weiz in seinen Untersuchungen zu III S. 21 f. der Erkenntnis von der funktionellen Gleichwertigkeit der Tatbestandselemente und der Unrechtsausschließungselemente gekommen ist (S. 24: „Für eine Kategorie der reinen Rechtswidrigkeitselemente ist kein Raum“), so hindert ihn doch jene im Bild der zwei sich schneidenden Kreise ausgedrückte Auffassung vom Nebeneinander von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, wie sie Dohna vertritt, in dessen Spuren Weiz geht, an der schließlichen Erkenntnis, daß beide, Tatbestand und Nichteingreifen von Unrechtausschließungsmomenten zusammen die Grundlagen für die Annahme der Rwkt. ergeben, und daß daher der Irrtum über beide vom Irrtum über die Rwkt. in toto zu scheiden ist.

[155]) Engisch Untersuchungen S. 12, ähnlich auch Radbruch in Fr.-Festg. I S. 165/66.

[156]) Auch Zimmerl Z. L. v. T., S. 66 steht auf diesem Boden.

Verbrechen und ist daher Verbrechensmerkmal[157]), aber auch für die Frage der Schuld hat die Rwkt. als Folge jener erweiterten Tatbestandsmäßigkeit selbständige Bedeutung, sofern die Frage zu beantworten ist, ob neben der Kenntnis der Tatbestandsmäßigkeit im weiteren Sinn auch die Kenntnis dieser letzteren Eigenschaft zum Vorsatz zu fordern ist[158]. Damit ist die hier versuchte kurze Klarstellung der Beziehungen zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Unrechtausschließungsgründen und Rechtswidrigkeit auch im Rahmen einer Irrtumsbetrachtung gerechtfertigt.

§ 9. Der Vorsatz als Schuldart[159]).

I.

In den Streit um den Schuldbegriff im Allgemeinen, seine rechtsphilosophische Begründung und seinen Aufbau im Einzelnen an dieser Stelle eintreten, hieße den Rahmen dieser Arbeit überspannen. Die Darstellung muß sich auf die Beschreibung eines Standpunktes und auf kurze Rechtfertigung seiner Besonderheiten, soweit sie für das Ziel der Arbeit von Bedeutung erscheinen, beschränken.

II.

Der für die lex lata einzig mögliche, de lege ferenda von der herrschenden Meinung festgehaltene Ausgangspunkt auch dieser Arbeit ist: „Ohne Unrecht keine Schuld“[160]). Des weiteren ist Schuld, verstanden als „teleologisch beherrschender Einheitspunkt“[161]) für alle Momente, die die „Zurechnung“, die „Tatherrschaft“, und mit ihr die „Vorwerfbarkeit“ begründen, immer Einzeltatschuld[162]). Soweit charakterologische Momente in der Schuld mit Recht gefunden werden, sind es doch nur Charaktermomente aus der Täterpersönlich-

---

157) So auch Mezger Lehrb. S. 180 f., der aber Anm. 18 daselbst zu Unrecht als a. A. auch Hegler Z. 36, S. 35 anführt. Hegler wendet sich dort und Anm. 43 nur gegen das Nebeneinander von Tatbestandsmäßigkeit und Rwkt. in der Verbrechensformel und fordert Erkenntnis der teleologischen Beziehung, daß nämlich die Tatbestandsmäßigkeit nicht ein selbständiges Moment neben der Rwkt. darstellt, sondern eine der zwei Voraussetzungen der Rwkt. bildet, deshalb, als Voraussetzung, weil funktionell untergeordnet, nicht neben die Folge gestellt werden darf. Mezger aber stellt neben eine Voraussetzung, die positive, Tatbestandsmäßigkeit, die Folge, Rechtswidrigkeit, die noch von einer zweiten, negativen Voraussetzung, Nichteingreifen von Unrechtsausschließungsgründen abhängt. Dagegen ist von Hegler in keiner Weise bestritten, — im Gegenteil, s. a. a. O. S. 25 f., Fr.-Festschr. I, S. 291 Anm. 3 — daß die Rechtswidrigkeit Verbrechensmerkmal sei.

158) Vgl. hiezu auch Hegler Z. 36 S. 198 Anm. 86 Abs. 2: Rechtswidrigkeit in toto als Beziehungspunkt der Schuld im engeren Sinn.

159) Die in den nachfolgenden §§ der Arbeit enthaltene eigene Stellungnahme versteht sich — als Vorarbeit für die in § 11 zu ziehenden praktischen Folgerungen für die Gesetzesfassung der lex ferenda — de lege ferenda.

160) Die Rechtfertigung dieses Satzes bei Hegler, Z. 36 S. 184 f. und Anm., insb. Anm. 64, vgl. auch S. 190, Mezger S. 254 f. § 34, gl. Ans. Liszt-Schm. § 36, u. a., Kohlrausch in Reform 1926, S. 16.

161) Hegler Z. 36 S. 185.

162) Hegler Z. 36 S. 184, Anm. 62 und S. 219 mit Anm. 117, Mezger 256 f.

keit, wie sie zur Zeit der Tat bestanden und zur Tat führten[163]); es ist kein Charakterurteil über den Täter in toto. Zu letzterem könnte die Untersuchung des einzelnen begangenen Verbrechens niemals die Unterlagen bieten.

III.

Möglichst neutral, wertunbetont ausgedrückt handelt es sich bei „Schuld" darum, die nach „objektivem"[164]) Befund rechtswidrige Tat in Beziehung zu bringen zu einer Täterperson, die sie vorgenommen hat, die Voraussetzungen zu prüfen, unter denen dieser Person die Rechtsverletzung zurechenbar im Sinne des Strafrechts ist, ob sie „Herr der Tat" ist, und folgeweise — Uebergang zum Werturteil — die rechtswidrige Tat dem Täter zum Vorwurf gemacht werden kann. So ist Schuld als Antwort auf solche Frage ein Beziehungsurteil Dritter (der Rechtsordnung, praktisch regelmäßig des iudex, oder des als iudex Gedachten) ein Seins- und an dies anschließend Wertbeziehungsurteil (bzw. seine Möglichkeit[165]), und es darf nicht befremden, daß sie nicht etwas im Täter Vorgefundenes, sondern ein Urteil bzw. die Möglichkeit eines solchen über das im Täter Vorgefundene in seinen Beziehungen zur Tat ist[166]). Aber sie gründet sich, wie schon gestreift, auf eine Reihe von Momenten, die Täterpsyche betreffend, die als ihre Voraussetzungen erscheinen.

IV.

Für die Irrtumsfrage interessierten nun gerade diese Voraussetzungen des Schuldurteils (bzw. seiner Möglichkeit) und zwar insbes. für die eine Schuldform, den „Vorsatz" im Wertsinn = dolus malus; im folgenden sollen daher gerade die Voraussetzungen für diese Schuldart näher bezeichnet werden.

---

[163]) Hegler, Jahreskurse III S. 139/40, 168 Anm. 33. Wenn Mezger S. 275 A. 14 betr. die von ihm S. 275 f. so genannten „charakterologischen Schuldbestandteile" bemerkt: „Skeptisch gegen diese Erweiterung Hegler", so ist dies nicht zutreffend. Hegler vertritt die o. im Text angeführte Ansicht, siehe schon Z. 36, 185 Anm. 62 (betr. die „aus der begangenen Tat erkennbare Gesinnung") und Jahreskurse a. a. O. S. 140 o. („die Gesinnung" — nach S. 139 b „Gesamtpersönlichkeit" — nur soweit sie sich in der Tat ausgewirkt hat, berücksichtigend"), 168 Anm. 33 („daß bezügl. der Schwere des Vorwurfs, die nach den gesamten Umständen, bes. der Motivationslage sich zu richten hat, die gesamte Persönlichkeit des Täters zur Tatzeit (Intelligenz, Energie, Bildung, Erziehung usw.), soweit sie erkennbar ist, berücksichtigt wird".) Diese Stellungnahme Heglers wird auch anerkannt von v. Liszt-Schm. 230 f. Anm. 8, Thierfelder a. a. O., S. 17 A. 30. Abgelehnt ist von Hegler Z. 36, 184 f. Anm. 62, s. auch 219 Anm. 117 und Jahreskurse a. a. O. 139 f., 168 Anm. 33 nur die „symptomatische Verbrechensauffassung" als Urteil über die Gesamtpersönlichkeit des Täters in toto, dessen „Charakter" überhaupt, die auch Mezger a. a. O. 275 A. 14, 256 f. ablehnt (ebenso wie Thierfelder a. a. O. 17, 20 oben).

[164]) Ueber die Mehrdeutigkeit des Gegensatzes „objektiv" — „subjektiv" s. Hegler, Fr.-Festg. 1, S. 301 und VIII S. 302 f.; hier ist gemeint Tatbetrachtung im Gegensatz zu Täterbetrachtung betreffend.

[165]) Hegler Z. 36 S. 189/90 u. S. 216/17, 219 f., s. auch 190 Anm. 71.

[166]) S. auch Hegler Z. 186 Anm. 62, Abs. 1 am Ende, Mezger Lehrb. S. 249 o., (der aber S. 248 f. auch die sofort zu nennenden Voraussetzungen, den „Schuldsachverhalt" als „Schuld" bezeichnen will).

1. Erste Schuldvoraussetzung[167]) ist die Zurechnungsfähigkeit. Ueber ihr Wesen sind keine weiteren Ausführungen vonnöten, weil unbestritten ist, daß sie als Schuldvoraussetzung wirkt ohne Rücksicht auf ihre Kenntnis durch den Täter, der Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit für sich allein daher unbestritten irrelevant ist.

2. Die weitere, „psychologische"[168]) Schuldvoraussetzung, daß der Täter „die Tat als sobeschaffene im Einzelnen (s. u. Z. 3) sich vorgestellt und in seinen Willen aufgenommen"[169]) hat, bildet[170]) „das Rückgrat der ganzen strafrechtlichen Schuldlehre", sie bedarf sorgfältiger Betrachtung. Die Frage, welche Bedeutung der „Vorstellung", welche dem „Wollen" zukomme, kann für unsern Zweck mitsamt den Kontroversen zwischen Vorstellungs- und Willenstheorie aus dem Spiele bleiben, da in der Sache selbst weitgehende Einigkeit herrscht und jedenfalls das Vorstellungsmoment nicht entbehrt werden kann.

Der Umfang der zu fordernden Vorstellung ist nach der extensiven wie nach der intensiven Seite zu bestimmen: nach der extensiven, um festzustellen, auf welche Momente die Vorstellung sich beziehen muß, nach den intensiven, um zu wissen, in welcher Weise der Täter diese Momente und ihre rechtliche Bedeutung sich vorgestellt haben muß.

A. Die extensive Seite.

a) Zu fordern ist Vorstellung betr. die Merkmale des „Tatbestandes"[171]) des speziellen Strafgesetzes — Vorstellung betr. die Merkmale, welche nach den Verbrechensbeschreibungen der speziellen Strafgesetze die Rwkt. (positiv) begründen (oder den Unrechtsgehalt der Tat erhöhen[172]) — „Das vom Strafgesetz selbst in seinen Strafbestim-

---

[167]) Ueber die „Handlungsfreiheit" s. oben Einl. S. 4 Anm. 14.

[168]) So fast allgemein, auch Mezger § 36, der aber zu Recht den Ausdruck S. 271 Anm. 5 tadelt.

[169]) Hegler Z. 36, S. 202, 206.

[170]) Mezger a. a. O. S. 272.

[171]) In dem Sinne, wie o. Einl. S. 4 Anm. 15 und § 8, S. 37.

[172]) Der qualifizierte Erfolg bei erfolgsqualifizierten Delikten (s. Mezger S. 177) bildet eine positivrechtliche Ausnahme, es sind Momente, die zur Rwkt. gehören (Unrechtserhöhung), aber trotzdem von der Vorstellung des Täters nicht umfaßt sein müssen. Eine zweite Gruppe von Ausnahmen nimmt Bruns S. 31 f. für gewisse Fälle an, dahingehend, daß hier unrechterhöhende Momente nicht vom Vorsatz umfaßt sein müssen, weil sie nach gesetzlicher Bestimmung als „objektive Bedingungen der Strafbarkeit" behandelt werden sollen, obwohl sie „Elemente des Unrechtstypus" sind (z. B. „Rechtmäßigkeit" bei Widerstand nach Ansicht des RG. und jetzt nach E 27). Aber die fraglichen Fälle (von denen übrigens besonders der „Rechtmäßigkeitsfall" de lege lata und de lege ferenda sehr umstritten ist) werden nicht nur „so behandelt", sondern sie sind „objektive Bedingungen der Strafbarkeit", d. h. gehören eben nicht zum Unrechtstypus, obwohl sie die Strafbarkeit als objektive bedingen, worin eben — selbstverständlich nach Ausscheidung der objektiven Schuldelemente — das negative Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen liegt, s. Hegler Z. 36, 223 f., derselbe, Fr.-Festschr. I, 291 f. Anm. 3, das Positive liegt darin, daß sie die Strafwürdigkeit bzw. Strafgeeignetheit des Verhaltens bedingen, was freilich von Bruns S. 33 geleugnet wird, der ein generelles Kriterium verneint. Bruns erklärt sich von seinem eben geschilderten Standpunkt aus gegen die hier vertretene „Identität zwischen dem am Unrecht orientierten Tatbestand" und dem „den Vorsatz regulierenden Tatbestand" (S. 34, S. 38 Abs. 2), was aber nur bezüglich der Aus-

mungen näher umschriebene Unrecht, an dessen Verwirklichung die Strafdrohung geknüpft[173]) ist." Auszuscheiden sind alle diejenigen Momente der Verbrechensbeschreibungen, die nur die Schuld[174])[175]) betreffen — subjektive und objektive, objektive Schuldelemente soweit solche bestehen (s. o. S. 37) — und die Momente derselben, die positive oder negative Voraussetzungen nur für die Strafbarkeit bilden, die Strafwürdigkeit und Strafgeeignetheit.

b) Vorstellung des „Unrechts" ist die ratio für die zu a) verlangte Kenntnis. Da der Unrechtscharakter der Handlung in concreto nicht nur von ihrer Tatbestandsmäßigkeit, sondern auch noch von der Abwesenheit von Unrechtsausschließungsgründen abhängt, muß zur Schuld außerdem gefordert werden Abwesenheit der Vorstellung eines Eingreifens von Unrechtausschließungsgründen. Hier ist grundsätzlich anzufügen: es handelt sich immer noch um Vorstellung bzw. im letzteren Fall Abwesenheit der Vorstellung der Voraussetzungen, an die die Strafrechtsordnung ihr sachliches Unwerturteil knüpft, um Vorstellung bzw. Nichtvorstellung betr. Rechtswidrigkeitsmomente, aber nicht um Vorstellung des Unwertendurteils, der Rechtswidrigkeit in toto. In dieser exakten Scheidung von dem eben Erwähnten wird Abwesenheit der Vorstellung eines Eingreifens von Unrechtausschließungsgründen[177]) nur von Wenigen[178]) gefordert. Klare Scheidung dieses Momentes vom Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in toto schon bei Hegler Z. 36 S. 206 Anm. 91[179]).

B. Die intensive Seite der Kenntnis, Vorstellung.

a) Tatsachenkenntnis[180]).

Der Täter muß, um vorsätzlich gehandelt zu haben, sich die Tatbestandsverwirklichung in der Richtung vorgestellt haben, daß er die Tatsachen, Lebenskonkreta, konkreten Vorgänge und Zustände sich richtig vorgestellt hat, welche die abstrakten Tatbestandsmerkmale im gegebenen Fall erfüllen. Allerdings gilt dies nur mit Einschränkungen: Nicht- oder Falschvorstellung in dieser Richtung steht dem

---

nahme der erfolgsqualifizierten Fälle (s. o.) richtig ist und weiter bezüglich der (S. 38 Abs. 2 auch von ihm angeführten) subjektiven Rechtswidrigkeitsmomente, sofern ein „Vorsatz" bezüglich solcher nicht in Betracht kommt. (S. Hegler Fr.-Festschr. I. S. 292 f.)

173) Mezger Lehrb. S. 175/76.

174) Mezger Lehrb. S. 176.

175) S. aber noch über die Vorstellung von Schuldausschließungsmomenten u. S. 55 und S. 65.

177) Nicht: Vorstellung der Abwesenheit solcher, vgl. Hegler Z. 36 S. 205 und 206 Anm. 91 (an letzterer Stelle betr. die Theorie der negativen Tatbestandsmerkmale) und Goldschmidt in Fr.-Festg. I S. 445, Engisch Unters. S. 66 Anm. 5, s. auch Zimmerl a. a. O. S. 79, 86, 87.

178) Engisch Unters. S. 66, Allfeld S. 165, bes. Zimmerl z. L. v. T. S. 77 f., Coenders RG.-Festg. V, S. 286.

179) Anders — abzulehnen — Beck S. 22: „Kein Mensch würde von dem Augenblick an, in dem das Gesetz das Unrechtsbewußtsein mit klaren Worten als Vorsatzerfordernis aufstellt, noch jemals auf den Gedanken kommen, mit den negativen Tatumständen zu operieren."

180) S. Mezger, S. 307: „die zum Vorsatz erforderliche Tatsachenkenntnis."

Vorsatz nicht entgegen, wenn der Täter sich trotzdem das konkrete Ergebnis der rechtlichen Subsumtion (s. sofort b) doch, im Resultat richtig, vorgestellt hat, (z. B. er hat den Fuchs für einen Hasen gehalten, aber sich doch vorgestellt, daß er auf ein „jagdbares Tier" in fremdem Revier schießt) oder wenn er statt des wirklich Gegebenen ein für die rechtliche Subsumtion Aequivalentes sich vorgestellt hat (z. B. daß er die Sache aus dem Schrank des Eigentümers nehme, es war aber der Schrank des Pfandgläubigers — beidemale Bruch fremden Gewahrsams[181]).

b) Bedeutungskenntnis.

Diesem Problem sind mannigfache Formulierungen gegeben worden, auch versteckt sich zuweilen hinter demselben Wort ein ganz verschieden gebrauchter Sinn („normative Tatbestandsmerkmale"). Das ganze Problem kann hier nur kurz berührt werden. Es handelt sich um die Fragen der Erforderlichkeit von „Bedeutungskenntnis", richtiger rechtlicher Subsumtion, Kenntnis des Subsumtionsergebnisses, um die Frage, ob der Täter, um vorsätzlich zu handeln, die Tatbestandsverwirklichung auch in der Richtung des konkreten Erfülltseins der abstrakten Tatbestandsmerkmale im konkreten Fall (damit diese letzteren) sich vorgestellt haben muß, z. B. daß er in concreto eine „unzüchtige" Handlung vornehme, eine „fremde" Sache wegnehme, daß er überhaupt in concreto „wegnehme", usw. Es entsteht die Frage, ob dabei die Unterscheidung von „deskriptiven" und „normativen" Tatbestandsmerkmalen, und der Gedanke der „Parallelwertung" eine Rolle spielt. Versteht man unter „normativen" Tatbestandselementen „Voraussetzungen des tatbestandlichen Unrechts, die ihrerseits nur in Form einer besonderen Bewertung von Sachverhalten zu finden sind"[182]), so wird man richtiger Ansicht nach davon ausgehen müssen[183]), daß alle Merkmale des Tatbestands normativen Charakter tragen, „teleologisch aufgebaute Wertbegriffe"[184]) sind. Alle in den Tatbestand des Verbrechens aufgenommenen Merkmale sind gebildet unter dem besonderen Wertgesichtspunkt der Funktion der Verbrechensbeschreibung für die

---

[181]) S. näher in dieser Richtung Hegler Z. 36, S. 202 f., Anm. 91. Auf diese sehr bestrittenen Fragen kann natürlich hier nicht eingegangen werden. Zum Teil wird nur auf Kenntnis oder Nichtkenntnis der „Verwirklichung des Deliktstatbestandes", des (s. sofort unten b) Subsumtionsergebnisses abgestellt, so besonders von v. Hippel II S. 331 u. Die Nichtkenntnis des letzteren kann sowohl auf Tatirrtum, Irrtum betr. die Untersatztatsachen, Lebenskonkreta, als auf Irrtum betr. die abstrakten Rechtssätze und Rechtsbegriffe, Unkenntnis derselben oder Irrtum über deren Auslegung und folgeweise Unkenntnis ihrer Anwendbarkeit auf die richtig gesehenen Lebenskonkreta (Subsumtionsirrtum) beruhen. Aber der Täter muß sich einmal nicht stets das Subsumtionsergebnis vorgestellt haben (s. sofort unten b: nicht stets Bedeutungskenntnis), so daß Tatsachenkenntnis genügt, aber auch erforderlich ist, und sodann, selbst wenn dies gefordert wird: falls Tatirrtum dazu führte, daß er das Subsumtionsresultat nicht richtig vorstellte, muß auf diesen Quellirrtum zurückgegriffen werden, um die Sachlage völlig zu klären.

[182]) Mezger Lehrb. S. 191.

[183]) Wolf RG.-Festg. V, S. 55 f. Radbruch Fr.-Festg. I, S. 167, insbes. Hegler daselbst S. 275 und weiter Mezger S. 191. Vgl. auch Weiz S. 15, S. 24/25.

[184]) Mezger a. a. O. S. 191.

praktischen Zwecke des Strafrechts[185]). Ob innerhalb dieser so als „normativ" im weiteren Sinn bestimmten Merkmale noch eine Gruppe „normativer" im engeren Sinne, d. h. auf Wertungen (echte und unechte Werturteile, s. Hegler Fr.-Festschr. I S. 272 Anm. 2) außerhalb der betreffenden Verbrechensbeschreibungen verweisende anzunehmen ist (so schon o. S. 5 Anm. 19, so Hegler Fr.-Festschr. I S. 275 und Anm. 3 daselbst) oder — damit nicht identisch — zwischen „wertgefüllten" und „wertausfüllungsbedürftigen" Merkmalen zu scheiden ist (so Wolf a. a. O. S. 55), kann hier dahingestellt bleiben. Die Frage nach der Intensität der Kenntnis, nach der Bedeutungskenntnis ist jedenfalls für a l l e Merkmale der Verbrechensbeschreibung gleichermaßen zu lösen[186]). Ob die unehelich Gebärende wissen mußte, daß das im Beginn der Geburt von ihr getötete Kind „Kind" (und nicht mehr „Leibesfrucht") war, ob der Täter den von ihm getöteten Hund als „Sache" erkennen mußte, ist ebenso ein Problem der Bedeutungskenntnis wie die Frage, ob dem Täter die Eigenschaft der gestohlenen Sache als „fremder", des gefälschten Papiers als einer „Urkunde", die Bedeutung seines Verhaltens als einer „Drohung mit einem Vergehen", seiner Berührungen als „unzüchtiger" bekannt sein mußte. Grundsätzlich muß betr. alle Tatbestandsmerkmale Bedeutungskenntnis gefordert werden. Nur tritt die „besondere technische Bedeutung . . . . . ., die dem Laien nicht geläufig ist[187]), und damit das Problem der Bedeutungskenntnis beim einen Teil der Merkmale — speziell bei den (s. soeben) „normativen" im e. S., besonders den juristisch-normativen, auf Rechtssätze außerhalb der betreffenden Verbrechensbeschreibung verweisenden — stets, beim andern nur in ganz besonders zugespitzten Fällen, in Fällen, kann man sagen, des Grenzbezirkes hervor. Da aber jetzt fast allgemein anerkannt ist, daß vom Täter nicht in a l l e n Fällen die Subsumtion[188]), und daß n i c h t von ihm die v o l l r i c h t i g e j u r i s t i s c h e Subsumtion[189]) der konkreten Lebenserscheinungen unter die abstrakten Begriffsmerkmale des gesetzlichen Tatbestands (o. S. 5 Ziff. 1 b, aa) zu fordern ist, so fragt es sich, wie weit und bis zu welchem Grade von Annäherung an die vom Richter vorzunehmende rechtliche Subsumtion die Bedeutungskenntnis beim Täter gefordert werden muß, damit sein Handeln noch ein vorsätzliches genannt werden kann? Die Unterscheidung tatsächlicher und rechtlicher Tatbestandsmerkmale und die Unterteilung der Rechtsbegriffe in Komplexbegriffe (Vorstellung des Rechtsbegriffs selbst nicht erforderlich, nur der konstituierenden Merkmale)[189]a) und sonstige Rechtsbegriffe, die

[185]) Wolf a. a. O. S. 55, Hegler a. a. O. S. 275, Anm. 1.

[186]) S. auch richtig Engisch M.Schr.Krim.Psych. Nr. 21, S. 120 (gegen Eichmann).

[187]) Engisch bei der Besprechung der Abh. Eichmanns in MonSchr. f. Krim.Psych. 21, S. 120.

[188]) Grundsätzlich anders, besonders von Liszt Lehrb. in den früheren Auflagen, s. z. B. 23. Aufl. 1921, S. 176; s. auch Finger Lehrb. I, S. 246; betr. „Deliktsmerkmale" Binding Normen III S. 146 (der freilich nur „Subsumtion nach Laienart" verlangt, s. Normen III 148) Binding Die Schuld (1919) S. 53 f. (ebenso), 80 f.

[189]) So auch Binding Normen a. a. O., Schuld S. 54.

[189]a) Weinberg will neuerdings a. a. O. S. 111 f., 114 den Begriff der „konstituierenden Merkmale" zur Trennung von „Tatirrtum" und „Verbotsirrtum" in der

Tatbestandsmerkmale sind „wie jedes andere" (Irrtum darüber schließe Vorsatz aus)[190]) kann nicht zum Ziele führen. Es gilt einen einheitlichen Maßstab für alle Merkmale zu finden. Als solcher erscheint der von Mezger[191]) empfohlene: „Parallelwertung[192]) in der Laiensphäre des Täters"[193]), „gleichgerichtete Einschätzung im Gedankenkreis der individuellen Person und Umgebung des Täters" nicht geeignet, weil er es an jeder Bestimmtheit fehlen läßt, die Antwort gleichsam hinausschiebt, aber nicht gibt. Billigenswert sind die von Frank[194]), Hegler[195]), v. Liszt-Schmidt[196]) und Eichmann[197]) vorgeschlagenen Maßstäbe. Letzterer fordert Bedeutungskenntnis betr. die einzelnen Tatbestandsmerkmale in dem Maß, „daß eben auf den vom Täter vorgestellten Tatbestand bereits die inneren Gründe zutreffen ..., die ... für den Gesetzgeber bestimmend oder mitbestimmend waren für Art und Höhe der Strafe". Der Täter muß die „Bedeutung" seiner Tat, der Tatbestandsverwirklichung insoweit erkannt haben, daß von ihm die feindliche Richtung der Tat gegen dasjenige Rechtsgut vorgestellt wurde, um deswillen der Gesetzgeber den Strafrechtssatz erließ[198]). Im übrigen be-

---

von ihm a. a. O. gebrauchten Terminologie verwenden. Diese von Weinberg geübte Methode der Scheidung ist abzulehnen.

[190]) Die Sonderbehandlung der „Komplexbegriffe" (eine Reihe von tatsächlichen, eventuell auch rechtlichen Merkmalen zusammenfassende Begriffe), s. darüber v. Hippel. Vgl. Darst. III, S. 562, findet sich auch sonst, z. B. bei Frank 18. Aufl. II zu § 59. Der Begriff des „Komplexbegriffs" ist aber keineswegs klar, s. gegen den Begriff auch Engisch Mon.Schr. f. Krim.Psych. 21, S. 119. Beispiele bei v. Hippel Strafr. II S. 332: „Urkunde", „Unzucht".

Daß es keine „tatsächlichen" Tatbestandsmerkmale gibt, darüber s. schon o. S. 5 Anm. 19.

[191]) Lehrb. § 44, S. 328. Mezger wirft übrigens die ganze Frage viel zu enge nur für normative Momente i. e. S. (s. o. S. 5 A. 19) auf (S. 325 f. bes. 328 vgl. mit 190 f.), deren Umkreis er allerdings 191 f. viel zu weit faßt, während sie doch auch bei Begriffen wie „Sache", „Mensch", „Wegnahme", „Beischlaf" usw., die er selbst S. 189 f., vgl. 190 f. als „deskriptiv" bezeichnet, ganz entsprechend (als Frage der Bedeutungskenntnis, Frage richtiger Subsumtion) auftaucht, s. schon Hegler Fr.-Festschr. I, 337 f., Anm. 6 a. A.

[192]) Dieser von Mezger schon JW. 1927, S. 2002 gebrauchte Ausdruck „Parallelwertung" ist übrigens recht unglücklich. Es handelt sich meistens um Kenntnis von Wertung, nicht um eigene Wertung des Täters, s. Mezger selbst S. 326, Anm. 5, 329 Anm. 13. Letztere kommt nur ausnahmsweise überhaupt in Frage, s. Hegler Fr.-Festschr. I, 337 f. und u. Anm. 198.

[193]) S. übrigens schon Binding Normen III, S. 148 („Subsumtion nach Laienart"), derselbe Die Schuld S. 54, vgl. o. S. 45 A. 188 und 189.

[194]) Frank, 18. Aufl. II zu § 59, S. 183. Wichtig sein Hinweis gegen v. Hippel, daß seine Formel mit dem Bewußtsein der Rwkt. noch nichts zu tun habe. Vgl. auch Grünhut, Fr.-Festg. I, S. 24.

[195]) Hegler Jahreskurse III (1929), S. 170, Anm. 47.

[196]) Lehrb. 26. Aufl. § 39, S. 256.

[197]) S. 58/59.

[198])Interessant ist der Hinweis Heglers Fr.-Festg. I, S. 338, auf ein „neu heraustretendes" Problem bezüglich der normativen Tatbestandsmerkmale i. e. S. (s. o. S. 5 Anm. 19), soweit es sich um Verweisung auf „Eigenwertung" des Richters (s. Hegler a. a. O. 272 f., Anm. 275 a. E.) handelt. Kann anstelle der Kenntnis der Richterwertung hier zum Vorsatz genügen, wenn der Täter selbst eigenwertet und sich seine Eigenwertung im wesentlichen mit der Richterwertung deckt (Parallelwertung, s. o.

merkt Eichmann a. a. O. S. 63 mit Recht, daß „letzte feste Maßstäbe in dieser Frage nicht erzielt werden können".

c) Von unserer Auffassung aus, daß nach der extensiven Seite (oben zu A) Abwesenheit der Vorstellung des Eingreifens unrechtausschließender Momente zum Vorsatz zu fordern ist, ist selbstverständlich, daß das Problem der Tatsachen- und Bedeutungskenntnis bei den einzelnen Merkmalen eines Rechtfertigungsgrundes ebenso besteht wie bei den Tatbestandsmerkmalen. Nur ist hier die ganze Problematik ins Negative gewendet, weshalb sie bei der Frage des Irrtums betr. Unrechtausschließungsgründe noch einmal berührt werden wird. Auch hier erscheint der Hinweis nicht überflüssig: die Frage nach der Bedeutungskenntnis betr. einzelne Merkmale von Unrechtausschließungsgründen (z. B. daß in concreto „rechtswidriger Angriff" im Sinne des § 53 StGB. vorliegt, s. o. S. 5, Ziff. 2 b, aa und Anm. 22 das.) hat mit der andern Frage noch nichts zu tun, ob der Täter die unrechtausschließende Wirkung eines unrechtausschließenden Gesamtsachverhalts kennt.

3.

a) Steht fest, daß beim Täter die erforderliche Tatsachen- und Bedeutungskenntnis betr. die Momente der Tatbestandsverwirklichung einschließlich der Abwesenheit der Vorstellung des Eingreifens von Unrechtausschließungsgründen gegeben ist, so erhebt sich die Frage, ob weiter zu fordern ist, daß der Täter dieses sein Verhalten als ein in toto von der Rechtsordnung mißbilligtes (die Einzelfassung mag hier offen bleiben) erkenne. Die Forderung wird teils in der Form gestellt, daß dieses Bewußtsein als Element des Vorsatzes, als Voraussetzung desselben gefaßt (und hier wieder teils als Element des Vorsatzes im „psychologischen" Sinn, teils als solches der Vorsatz s c h u l d), teils n e b e n Vorsatzschuld als Voraussetzung der Strafbarkeit in bestimmter Art gestellt wird. Das RG. lehnt diese Forderung de lege lata bekanntlich ab[198]a). Es ist aber die immer noch vorherrschende Meinung innerhalb der Rechtslehre (die Einzelfassung mag hier offen bleiben), daß die Frage zu bejahen, zum Vorsatz Vorstellung des Täterverhaltens als eines von der Rechtsordnung gemißbilligten zu fordern ist. Auf die Frage soll und kann hier nur kurz eingegangen werden. Verfasser geht im folgenden von der ersteren Auffassung aus — Vorstellung des Täterverhaltens als eines von der Rechtsordnung gemißbilligten Erfordernis von psychologischem Vorsatz und Vorsatzschuld, s. u., Anm. [198]b). Eine andere Meinung ist aber neuerdings vielfach vertreten, die zum V o r s a t z , bzw. der Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung nur M ö g l i c h k e i t der Kenntnis (Schema unten S. 57 f. 1 B, b, aa)

Anm. 192)? Oder kommt es für die Schuld n u r auf K e n n t n i s der Richterwertung seitens des Täters an? Vgl. noch den Hinweis Heglers a. a. O., S. 338, Anm. 2 auf das gleichlaufende, hier vor allem interessierende Problem betr. die Kenntnis der Rechtswidrigkeit, s. u. S. 54.

[198]a) Betr. weitere ablehnende Aeußerungen aus der Literatur s. o. Liszt-Schmidt, 26. Aufl., S. 258, Anm. 10.

[198]b) Literatur bei v. Hippel II, S. 341, Anm. 3, von Liszt-Schmidt a. a. O. Allfeld, Lehrb. S. 166, Beling, Grdr. 8/9. A., S. 43/44, Hegler Z. 36, 198 u. Anm. 86,

des Unrechtscharakters der Tat (die Einzelfassung mag auch hier offen bleiben) fordert[198c])[198d]).

Beck, Unrechtsbewußtsein S. 28, Finger Strfr. I S. 261, Mezger Lehrb. S. 331, v. Liszt-Schmidt S. 258 f., Engisch Untersuchungen S. 236/37 ist einer teils — teils — Meinung.

Für eine eigenartige Verschiedenbehandlung nach einzelnen Deliktsgruppen tritt Weinberg, Der Verbotsirrtum 1928 ein, die meines Erachtens gekünstelt ist und in der Praxis eine auch nur annähernd zuverlässige Scheidung und Zuteilung der Fälle nicht ermöglicht. Schon Weinbergs Ausgangspunkt, die Einteilung der Delikte in drei wesensverschiedene Deliktsklassen, ist abzulehnen, insbesondere aber die Klasse der „an sich pflichtwidrigen" Delikte. In dieser Klasse gründet sich nach Weinberg der Schuldvorwurf (S. 35 f.) darauf, daß hier Handlungen vorliegen, die „die sittliche Idee negieren", Ausdruck „der Erhebung der subjektiven Willkür über den objektiven Willen" sind, die „der sittlichen Idee widersprechen, indem sie fremde Individualität verletzen" (S. 35). Verfehlt ist die Ansicht Weinbergs, diese Handlungen „wären verwerflich auch, wenn es gar keine Gemeinschaft gäbe" (S. 36) und unzulässig ist die Verwendung solcher Kriterien zur Scheidung von Bestimmungen positiven Rechts oder künftiger Gesetzgebung; unzulässig auch die Identifizierung, wenn nicht Vermengung von rechtlichem und ethischem Schuldvorwurf, um so mehr, als von einer „Sicherheit unserer natürlichen Empfindung dem konkreten Fall gegenüber" (S. 9) bei unserem heutigen differenzierten und zum Teil gegensätzlichen ethischen, sittlichen und Rechtsempfinden vielfach nicht mehr gesprochen werden kann. Weinberg zählt zu dieser ersten Gruppe vorsätzliche Verletzung von Eigentum, Vermögen, Freiheit, den Ehebruch, den Landes- und Hochverrat, aber auch Tierquälerei. In dieser ersten Deliktsklasse könne ein „Verbotsirrtum" den Täter weder vom Schuldvorwurf befreien noch diesen Vorwurf mildern, also nie entschuldbar sein. (S. 35 f., S. 57 zu § 12.) Die zweite Deliktsklasse umfaßt die Verstöße gegen Kulturnormen, gegen Gebote der Sitte, nicht der Ethik (S. 42). Verstöße gegen Delikte dieser 2. Klasse zeugen von unzuverlässigem sozialem Instinkt (S. 48); „Verbotsfahrlässigkeit" — hier als Irrtum über die „sozial-ethisch gefaßte" Pflichtwidrigkeit o d e r Irrtum über die Rechtswidrigkeit, S. 58/59 — ist hier immer strafwürdig, verdient aber Strafmilderung (S. 49 f. und S. 60). In der letzten Klasse, umfassend die „Verstöße gegen positive Satzungen", die „Verletzung nicht von Werten (!), sondern von Zwecken" (S. 54), schließt der Verbotsirrtum, hier im Gegensatz zur 2. Klasse nicht als Irrtum über sozial-ethisch gefaßte Pflichtwidrigkeit, sondern als Irrtum über die R e c h t s widrigkeit (S. 59 vor § 13), immer Bestrafung aus, soweit nicht die betreffenden Gesetzesvorschriften auch für fahrlässige Zuwiderhandlung gelten (S. 60). Weinberg verkennt, daß die generelle Forderung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit für a l l e Deliktsklassen das von Weinberg gewünschte Resultat durchaus zuverlässig zeitigt, weil eben die r e c h t l i c h e Verbotenheit von Delikten „aus gemeinschädlicher oder roher Gesinnung" jedem geistig gesunden Gesetzesunterworfenen auch bekannt ist, und ja nicht eine Eigenwertung des Täters, sondern nur Kenntnis der sozialen, im Unwerturteil der Rechtsordnung zum Ausdruck gekommenen Wertung gefordert wird.

[198c]) Z. B. M. E. Mayer S. 235, 318, Anm. 12, Kohlrausch, Reform (1926), S. 23. Frank 18. A., S. 186/187, Goldschmidt JW. 22. S. 255, v. Hippel, V. D. Allg. Tl. III, S. 590/91, derselbe, Bewußtsein d. Rwkt. 1924, S. 15, ders. Strafr. II, S. 342 f., Weiz, Strafr. Abh. 286, S. 6 und 7 in Anlehnung an M. E. Mayer. — Siehe die Literaturangabe bei v. Hippel, Straf. II S. 341, Anm. 4 und v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl., S. 258 f., Anm. 10.

Im Anschluß an M. E. Mayer bes. S. 318, Anm. 12 verlangt jetzt Dohna Z. 52 S. 106 und Anm. 3 daselbst nur noch die M ö g l i c h k e i t des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit (früher dieses Bewußtsein selbst), fehle es, sei Schuld überhaupt ausgeschlossen, sei es vorhanden, so hänge die Frage, „ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben ist", einzig davon ab, ob der Täter sich b e w u ß t war, einen T a t b e s t a n d zu erfüllen, wenn ja, „haftet er wegen Vorsatzes" (sc.: wenn nein, wegen Fahrlässigkeit).

Werner Goldschmidt a. a. O. S. 46 f. (s. auch Gliederung S. VIII) vertritt die Ansicht, mögliches Bewußtsein der Rwkt. sei nicht Vorsatzbestandteil, nicht Fahrlässigkeitsbestandteil, gehöre aber zur Schuld (untere Schuldgrenze sei stets die Möglichkeit, das Rechtswidrige der Tat einzusehen).

[198d]) Grünhut, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis (1932), S. 21 und

Die Begründung für die Forderung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit (oder ähnlich) liegt in der Funktion der „Erfolgs"[199]-vorstellung für die Begründung und Bemessung des Schuldvorwurfs. Die Strafrechtsordnung erwartet, daß die Vorstellung vom Eintritt des „Erfolgs" als abhaltendes Motiv wirken und den Täter von der Tatbestandsverwirklichung zurückhalten werde. Hemmungsvorstellung kann sie aber nur sein, wenn ihr eine starke Gefühlsbetonung innewohnt, die sie für den Täter nur haben kann, wenn er weiß, sein Handeln ist von der Rechtsordnung mißbilligt. Nur die Vorstellung, daß die „Erfolgs"bewirkung[200]) von der Rechtsordnung mißbilligt ist, hat daher die volle Kraft des Gegenmotivs. Mit dieser Erkenntnis ist allerdings das Verlangen noch nicht absolut zwingend gerechtfertigt, daß zum Vorsatz das Bewußtsein der Rwkt. (oder ähnlich) zu fordern sei. Vielmehr könnte man sagen, die Rechtsgemeinschaft gehe davon aus, daß jede von ihr geschaffene Norm von so großer Wichtigkeit für die Gemeinschaft und für jeden Einzelnen Rechtsunterworfenen, und dessen Verständnis so nahe sei, daß von ihm erwartet werden dürfe und müsse, daß er die Normen kenne, daß ihn also ein Schuldvorwurf in derselben Schwere treffe, wenn er wider Erwarten den „Erfolg" ohne Kenntnis von dessen Normwidrigkeit, im übrigen aber in Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung, s. u. Anm. 199, realisiert, wie wenn er in Kenntnis der Normwidrigkeit handle. Von diesem Standpunkt aus wäre auch de lege ferenda Unrechtsbewußtsein (oder ähnlich) zum Vorsatz nicht zu fordern[201]). Aber der Ausgangspunkt der Rechtsordnung wäre in Wirklichkeit dann eine Fiktion.

Einen Schritt weiter ginge der Gesetzgeber, wenn er der Auffassung wäre, nicht in allen Fällen der Unkenntnis des Verbots könne den Täter wegen seines im übrigen vorsätzlichen Verhaltens ein gleich

---

Anm. 17 will speziell neuestens einmal die „Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums" als „Schuldausschließungsgrund" fassen und sodann denselben mit der „Nichtzumutbarkeit" (s. u. S. 55 f.) unter dem Gesichtspunkt „normativer Schuldausschließungsgrund" zusammenfassen. Damit wird aber Heterogenes: „psychologisches" (im Sinne Mezgers S. 272), die Tragweite, Sobeschaffenheit der Tat betreffendes, mit „motivatorischem" (im Sinne Mezgers S. 273), die Motivationslage betreffendem zusammengekoppelt. Aehnlich wie Grünhut Dohna Z. 52, S. 109: „Unmöglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit" und „Nichtzumutbarkeit" als „Schuldausschließungsgründe für vorsätzliches tatbestandsmäßiges Verhalten". Auch hiegegen gilt das eben Gesagte.

[199]) Es handelt sich hier um Vorstellung der Verwirklichung der Tatbestandsmomente, bes. des tatbestandsmäßigen Erfolgs einschließlich des Fehlens einer Vorstellung von unrechtausschließenden Umständen.

[200]) Nach der o. A. 199 gegebenen Definition ist das Argument Belings, Unschuld ... S. 33 nicht schlüssig, die Tatbestandsvorstellung per se sei nicht berufen, das Handeln zu hemmen, weil die Rechtsordnung dieses Verhalten u. U. nicht nur nicht verbiete, sondern geradezu erwarte. Es handelt sich hier darum, ob der Täter durch die Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung einschließlich der Abwesenheit der Vorstellung von eingreifenden Unrechtsausschließungsmomenten gehemmt werden soll. Vgl. auch Engisch, S. 235, unten.

[201]) So de lege ferenda Lukas DJZ. 1914 Sp. 252, Wachenfeld Goltd. Arch. 69, 260 f., Coenders RG.-Festg. V S. 293/94; S. 294: „In normalen und gesunden Zeiten muß die Berücksichtigung des Rechtsirrtums als eine Ausnahmeerscheinung zurücktreten".

schwerer Vorwurf treffen; vielmehr seien entschuldbare Fälle von unentschuldbaren zu trennen. Dann wäre zum vorsätzlichen Handeln erforderlich und genügend entweder Kenntnis oder Kennenmüssen, Möglichkeit der Kenntnis der Rwkt. in toto (s. o. S. 47/48). Aber es würde dann Ungleichwertiges gleichwertig behandelt (Kenntnis und Möglichkeit der Kenntnis s. näher u. zu Ziff. b).

Der Gesetzgeber kann aber auch so weit gehen zu sagen, und das ist wohl das Angemessenste, s. näher u.: Der schwerste Schuldvorwurf vorsätzlichen Handelns trifft nur den, der die Rwkt. seines Tuns kennt; fehlt diese Kenntnis, so entfällt die schwere Schuldform, mag aus der Unkenntnis selbst dem Täter ein Vorwurf erwachsen oder nicht.

b) Daß es Fälle gibt, wo der Täter für die Unkenntnis des Verbots bei im übrigen vorsätzlichem Handeln „nichts kann" und daß in solchem Fall die Schuld des Täters geringer zu werten ist als bei entsprechender Kenntnis, ist heute von keiner Seite her bezweifelt. Die Rechtsprechung versucht dieser Erkenntnis — wenn auch nur teilweise, mit unbefriedigender Lösung — durch die Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum Rechnung zu tragen; die Gesetzgebung hat sie in der BRVo. vom 18. Januar 1917, in § 358 der RAbgO. berücksichtigt, die Rechtslehre nimmt auf den Gedanken der Entschuldbarkeit des I. über die Rechtswidrigkeit in bald mehr, bald weniger prinzipieller Weise Bedacht. Strittig ist das Maß der Berücksichtigung fehlenden Unrechtsbewußtseins, es wird regelmäßig nicht unter dem grundsätzlichen Gesichtspunkt der Schuldvoraussetzung, sondern unter dem der Relevanz eines Irrtums über die Rwkt. bestimmt.

Den richtigen Weg zur Lösung dürfte der Gedanke von der abhaltenden, gegenmotivierenden Kraft der Verbotsnorm weisen. Das geltende Recht ist, wie auch sämtliche Strafgesetzentwürfe, auf dem für das heutige Rechtsempfinden unangefochtenen Satze aufgebaut, daß zwar nicht nur gewußte und gewollte Verletzungen von Interessen der Rechtsgemeinschaft, sondern in bestimmtem Umfang auch die aus „Gleichgültigkeit" geschehenen Verletzungen zurechenbar und strafbar seien, daß aber grundsätzlich die „Gleichgültigkeit", die unbewußte Schädigung gegenüber der bewußten und gewollten einen Vorwurf und eine Strafe von minder schwerem Grad erzeuge. Erkennen wir an, daß die Vorstellung von der rechtlichen Mißbilligung des Täterverhaltens in toto o. ähnl. erfahrungsgemäß stärkere Motivationskraft hat[202]) als die bloße „Erfolgs"vorstellung, und daher neben der letzteren als selbständiger Beziehungspunkt[203]) für die zum Vorsatz erforderliche Kenntnis, Vorstellung in Betracht kommt, so ergeben sich folgende Schuldabstufungen:

Der Täter kann handeln

---

[202]) und daß der Gesetzgeber auf Grund dieser Erfahrung auch erwartet, daß der Rechtsunterworfene sich gerade durch die Vorstellung der rechtlichen Mißbilligung seines Verhaltens von dessen Verwirklichung abhalten läßt, vgl. die Funktion des Rechts als Bestimmungsnorm, v. Liszt-Schmidt, 26. Aufl., S. 223, Mezger Lehrb. Seite 166.

[203]) Hegler, Z. 36 S. 198, Anm. 86 a. E.

1. in Unkenntnis des „Erfolgs" der Tatbestandsverwirklichung i. w. S., s. o. S. 49 Anm. 199, und ihrer Rechtswidrigkeit, aus Gleichgültigkeit beiden[204]) gegenüber.

2. In Kenntnis des „Erfolgs", der Tatbestandsverwirklichung i. w. S., s. o. S. 49, Anm. 199, in fahrlässiger Unkenntnis ihrer Rechtswidrigkeit.

3. In Kenntnis des „Erfolgs", der Tatbestandsverwirklichung i. w. S., s. o. S. 49, Anm. 199, und seiner Rechtswidrigkeit.

Wenn nun überhaupt, wie dies oben gezeigt worden ist, vom Gesetzgeber, der Rechtspraxis und der Rechtslehre heute erkannt und anerkannt ist, daß der Mangel der Kenntnis der Rechtswidrigkeit in toto, der Bedeutung der Tat in toto in diesem Sinn, von Einfluß auf Vorliegen und Schwere der Schuld und damit auf Eintritt und Schwere der Strafe sein kann, wenn auch nicht in allen Fällen, muß konsequenterweise auch der Schritt weiter getan werden können zu der Erkenntnis, daß selbst der schuldhafte, fahrlässige Mangel jener Kenntnis als bloße Gleichgültigkeit gegen das Recht o. ähnl. nur einen Vorwurf minder schweren Grads erzeugen kann gegenüber der bewußten Zuwiderhandlung, auch wenn im einen wie im andern Fall die „Erfolgs"bewirkung (im Sinne o. S. 49, Anm. 199) als solche gewußt, vorgestellt war. Die schwerste Form des Schuldvorwurfs kann sonach nur den treffen, der die „Erfolgs"bewirkung und ihre Rechtswidrigkeit gekannt hat. Man muß im übrigen nur noch darüber entscheiden, ob man die beiden restlichen milderen Schuldformen oben zu 1) und 2) gleich werten oder die sog. Rechtsfahrlässigkeit" (o. Ziff. 2) von der sog. „Tatsachenfahrlässigkeit"[205]) (Fall o., Ziff. 1) als mittlere, von ihr

---

[204]) Daß zur Fahrlässigkeit Gleichgültigkeit gegen den „Erfolg" und seine Rechtswidrigkeit erforderlich sei, nicht Gleichgültigkeit gegen eines von beiden genüge, kann an dieser Stelle nicht eingehend erwiesen werden. Aber es ist davon auszugehen, daß Fahrlässigkeit (das Wort „Gleichgültigkeit" ist hier synonym gebraucht) verstanden als Voraussehbarkeit und Vermeidenmüssen auch mit Bezug auf die Rechtswidrigkeit des „Erfolgs" in toto selbständig geprüft werden kann: Voraussehbarkeit des „Erfolgs" als rechtswidrigen in toto neben Voraussehbarkeit und Vermeidenmüssen des „Erfolgs" in seinen einzelnen Momenten (s. o. S. 49 Anm. 199). Da jedoch im Strafrecht nie die nackte Erfolgsbewirkung, sondern immer nur die rechtswidrige zur Grundlage für die Schuldfrage dient, muß auch zur Fahrlässigkeit von den oben im Text angeführten Gesichtspunkten für die Schuldabstufung aus Voraussehbarkeit und Vermeidenmüssen des Erfolgs als rechtswidrigen gefordert werden. Ein Punkt muß hier noch mit aller Deutlichkeit klargestellt werden, weil er nicht immer (s. Beck, Unrechtsbewußts., S. 29 u. f., s. S. 31, 33, auch Dohna, Recht und I., S. 18, S. 25 u. 26) genügend beachtet ist: da die Rechtswidrigkeit immer nur als Eigenschaft, bezogen auf einen bestimmten konkreten Sachverhalt, interessiert, und die Rechtswidrigkeit in concreto nichts von diesem Sachverhalt loslösbares, sondern seine Eigenschaft ist, so ist für die Feststellung des Verschuldens immer in erster Linie nach der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis dieses konkreten Sachverhaltes zu fragen, und erst wenn die Kenntnis des Sachverhalts festgestellt ist, kann die weitere ergänzende Frage gestellt werden: hat der Täter außerdem auch die Rechtswidrigkeit dieses von ihm verwirklichten und von ihm gewußten (oder fahrlässig nicht gewußten) Sachverhalts gekannt oder aus Fahrlässigkeit nicht gekannt?

[205]) Der Gegensatz „Rechts"-, „Tatsachenfahrlässigkeit" ist nicht ganz fest, s. über ihn Engisch, Untersuchungen S. 242 f., bes. 255. Gemeint ist hier unter „Rechtsfahrlässigkeit" der Fall o. Ziff. 2, s. Engisch S. 245: „daß abgesehen davon,

verschieden zu wertende Schuldform[206]) abtrennen will. Entschließt man sich zu letzterem, so ist es mehr eine Frage zweckmäßiger Terminologie, ob die sog. „Rechtsfahrlässigkeit" (o. Ziff. 2) als mildere Form des „Vorsatzes" gefaßt wird, ob man also diese Schuldform noch zum Vorsatz zieht, oder ob man sie als „Rechtsfahrlässigkeit" oder unter einem anderen besonderen Namen gesondert vom Vorsatz behandelt. Zu ersterem wird sich entschließen, wer ihr gegenüber der Vorsatzstrafe nur fakultative Strafmilderung zuerkennt; eine Loslösung vom Vorsatz dürfte sich empfehlen, wenn eine stärkere Berücksichtigung hinsichtlich der Milderung der Straffolgen beabsichtigt ist.

In diesem letzteren Sinne entscheidet sich auf Grund der oben S. 50/51 gegebenen Begründung für die Abstufung der Schuldgrade auch die gegenwärtige Arbeit[206]a). Das bedeutet: Weiteres Vorsatzerfordernis[207]) neben Vorstellung der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale i. w. S., des Erfolg (s. o. S. 49, Anm. 199) ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit[208]). Eine Auseinandersetzung mit den Geg-

---

daß dem Täter die erforderliche Beziehung zur Rechtswidrigkeit fehlt, die Vorsatzerfordernisse erfüllt sind".

[206]) Hegler Jahreskurse III S. 171, Anm. 56 nennt die „Rechtsfahrlässigkeit" einen Fall „gemischter Schuld" und weist nach, daß Mischung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitselementen in Beziehung auf ein und dieselbe Deliktsverwirklichung auch dem geltenden Recht nicht fremd ist, s. auch v. Hippel II, S. 342, Anm. 4 in letzterer Richtung, dagegen neuestens Dohna Z. 52, S. 106. Weiteres Beispiel hiefür ist der § 360 Ziff. 11, vgl. Leipz. Komm. XI 21 zu § 360. Nach der Regelung von E 25 (§ 15) und E 27 (§ 21) gehören hieher auch die erfolgsqualifizierten Delikte.

[206]a) Die aber deshalb nicht den Standpunkt einer von Weinberg S. 10, 20 f. so genannten „subjektiven Theorie" vertritt. S. 20 vor § 5 verkennt Weinberg das Wesentliche in der Auffassung der meisten Anhänger der Forderung, zum Vorsatz gehöre das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (oder ähnlich) im Gegensatz zu den Vertretern der Lehrmeinung, die dieses Bewußtsein zum Vorsatz nicht fordern, wenn er jene Anhänger der „subjektiven Theorie", diese Anhänger der „objektiven Theorie" nennt (S. 20 und öfter). Es ist unrichtig, wenn Weinberg sagt, die subjektive Theorie — zu deren Vertretern er u. a. S. 22 f. Mezger, Allfeld, Gerland, Hegler, Beling zählt — wolle „die (normative) Bewertung der Tat schon vom Täter subjektiv", die objektive wolle diese Bewertung nur vom Richter — objektiv — vorgenommen wissen. Auch die Anhänger der „subjektiven" Theorie verlangen nicht so sehr Eigenwertung des Täters, als vielmehr eben Kenntnis jener „objektiven" Bewertung durch den Richter, besser durch die Rechtsordnung, deren Verwirklichung in der Rechtsanwendung dem Richter obliegt.

Daß zwischen Eigenwertung und Kenntnis fremder Wertung ein großer Unterschied besteht, erkennt und verwertet Weinberg selbst S. 58 bei Gegenüberstellung von „individual-ethischer" und „sozial-ethischer" Pflichtwidrigkeit.

[207]) Vorsatz hier im Bewertungssinn (dolus malus) gleich Schuldart (s. o. S. 1, Anm. 1). Aber auch, wenn man mit Weiz S. 5 u. ö. Vorsatz als wertfreien „psychologischen" Vorsatz meint (so auch Dohna, s. o. S. 1 Anm. 2), ist unrichtig, daß (Weiz a. a. O. S. 2, s. auch Dohna o. S. 1, Anm. 2 zit). „Kenntnis der Widerrechtlichkeit einer als tatbestandsmäßig erkannten Handlung ein vom Vorsatz völlig getrennter Zustand (das wäre Voraussetzung der Strafbarkeit in bestimmtem Sinn, nicht Voraussetzung der Vorsatzschuld, s. das o. S. 47 Bemerkte) in der Täterpsyche ist". Eben weil es sich um Kenntnis, Vorstellung des Objektiven und seiner Bedeutung im Einzelnen und in toto handelt, befinden wir uns noch bei der „psychologischen" Schuldvoraussetzung (Schema S. 57 f. 1 B, a, aa, α, nicht β) des wertfreien Vorsatzes.

[208]) Hiefür auch z. B. Mezger S. 335, Klee, Goldt. Arch. Bd. 56, S. 54, s. weiter bei W. Goldschmidt a. a. O. S. 45 und Anm. 70, betr. die, welche der Ansicht sind,

nern dieser Auffassung[209]), die entweder dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit überhaupt keine Bedeutung für die Annahme von Vorsatz, für die Abstufung der Schuldformen hienach zugestehen, oder zum Vorsatz genügen lassen mögliches Bewußtsein, d. h. Vorsatz bejahen bei fahrlässigem Fehlen dieses Bewußtseins, ist im einzelnen hier nicht möglich. Doch ist darauf zu verweisen, daß die Gegenargumente gegen die oben grundsätzlich eingenommene Stellung nicht so sehr in wissenschaftlichen Gegengründen als vielmehr in der Hervorhebung der angeblichen bedeutenden Gefahren für die Rechtspraxis, für die Staatssicherheit und überhaupt für die Existenz der Rechtsgemeinschaft bestehen. Dabei ist zuzugeben, daß gerade in dieser Frage mehr rechts- und kriminalpolitische Erwägungen als wissenschaftlich-systematische die Entscheidung für die lex ferenda bringen werden[210]). Diesen Argumenten, anscheinlich vielfach geboren aus dem Gefühl der Unsicherheit gegenüber dem Unerprobten Neuen, sei neben dem Verweis auf die Gesetzgebung in der Bundesrats Vo. vom Jan. 1917 und der RAbgO. nur das Wort v. Hippels[211]) gegenübergestellt: „Den Staat schützt man nicht durch unterschiedsloses Strafen, sondern durch Gerechtigkeit".

c) In der Frage, welchen Inhalt die Kenntnis des Täters betr. den Unwert seiner Tat haben müsse, bestehen wieder weitgehende Meinungsunterschiede, die sich in den verschiedenen Formulierungen: Kenntnis des Ungesetzlichen, Unrechtmäßigen, Unerlaubten, der Sozialschädlichkeit, Gesellschaftsschädlichkeit, der Pflichtwidrigkeit der Tat deutlich zeigen. In allen diesen Formulierungen handelt es sich zunächst nicht um eine Eigenwertung des Täters, sondern darum, in welcher Form er fremdes Unwerturteil kennen muß. Weit überwiegend auch de lege ferenda anerkannt ist, daß der Täter nicht wissen muß, die Mißbilligung durch die Rechtsordnung erfolge in Form der Bestrafung. Möchte diese Forderung auch als letzte Konsequenz aus der Forderung der Bedeutungskenntnis erscheinen[212]), so führt sie doch ab von dem Gehalt, der ratio der Mißbilligung, zu ihrer äußeren, wenn auch den Täter nahe angehenden Form, und würde die Rückkehr zu äußerlicher Betrachtung bedeuten. Auch die Forderung, der Täter müsse sich der Mißbilligung in Form des Gesetzes bewußt werden, würde zu sehr am äußeren haften und könnte leicht zu dem generellen Verlangen richtiger Subsumtion der Tat unter das Gesetz verführen. Das Bewußtsein der Strafbarkeit, und das Bewußtsein der Ungesetzlichkeit des Handelns[213]) sind zum Vorsatz nicht erforderlich. Dann bleibt

---

die Forderung nur möglichen Bewußtseins der Rechtswidrigkeit vertrage sich nicht mit dem Vorsatzbegriff.

[209]) Beachtlich ist — allerdings nur de lege lata — auch das Argument von Liszt-Schmidt, 26. Aufl. S. 259 und Heimberger, Strafrecht S. 55 aus § 3 JGG.

[210]) Lukas, DJZ. 1914, Sp. 253: „Die Nichtberücksichtigung des strafrechtlichen Irrtums ist ein Problem, das überhaupt nicht allein oder vorwiegend aus wissenschaftlichen Erwägungen, sondern hauptsächlich aus staatsmännischen Rücksichten zu lösen ist".

[211]) Strafr. 1930, II S. 353.

[212]) Mezger, Lehrb. § 44 S. 330 II.

[213]) Wie dies kommunistische Anträge im Rechtsausschuß des Reichstags, siehe Antr. Nr. 38 (32, 8, 10, 2) und Antr. Nr. 28 und 30 (21, 6, 8, 2) vorschlagen. S. gegen diese Formulierung auch das Gegenargument von Gleispach 1921 S. 11.

übrig das Bewußtsein des Verbotenseins. Darunter ist in erster Linie zu verstehen Verbotensein durch die Rechtsordnung. Nach einer verbreiteten Ansicht soll daneben genügen Kenntnis des Verbotenseins durch das Sittengesetz, der „Pflichtwidrigkeit“[214]). Diese Erweiterung, die in einer Gemeinschaft von einheitlicher ethischer und sozialer Struktur selbstverständlich wäre, begegnet angesichts der geistigen Zerrissenheit unserer Tage heute erheblichen Bedenken[215]). Wieder von einer größeren Zahl wird abgestellt auf die ratio des Verbotensein. Zwar genüge Kenntnis des formellen Verbotenseins durch das Recht, an Stelle hievon genüge aber auch Kenntnis der „Schädlichkeit“[216]), der Sozialschädlichkeit[217]), Gemeinschädlichkeit[218]), Antisozialität der Tat. Geht man allerdings hiebei vom Erfordernis der Kenntnis des Täters betr. die Wertung einer dritten Seite aus, so fragt sich wieder: Wessen Urteil obigen Inhalts muß der Täter kennen, und die Antwort kann wieder nur lauten: Das der Rechtsordnung, wobei wir auf dem Umweg über die materielle Rechtswidrigkeit nur wieder bei der formellen anlangen. Kenntnis der Sozialschädlichkeit als der ratio formeller Mißbilligung durch das Recht zu fordern hat daher nur Sinn, wenn man die Frage so wendet: Kann es genügen, wenn der Täter zwar nicht die Mißbilligung durch das Recht kennt, aber selbst, in eigener Wertung die Gesellschaftsschädlichkeit seines Verhaltens sich vorstellt (also hier im eigentlichen Sinn des Wortes eine Parallelwertung, s. o. S. 46 Anm. 192 u. Anm. 198), parallel mit dem Gesetzgeber und Richter wertet und im Wesentlichen zu demselben Unwerturteil gelangt wie das Gesetz und der Richter[219])? Diese Frage ist zu bejahen. Zum Vorsatz genügt hienach alternativ Kenntnis des rechtlichen Verbotenseins[220]) oder Erkenntnis, Vorstellung der ratio legis, der Sozialschädlichkeit[221]) der Tat.

---

[214]) Beck S. 42 f., M. E. Mayer S. 235 f., im Anschluß an ihn Weiz S. 11; v. Hippel v. D. III 592, Frank 18. A. S. 186 zu § 59 III 2.

[215]) Schon Kohlrausch in Reform 1910 S. 216, ebenso Begr. zu E 27 S. 19 Sp. 2, Mezger Lehrb. S. 334, 2, ablehnend auch Beling Grdr. 8/9. A. S. 44. Auch von Hippel hat seine frühere Anschauung (V. D. III. S. 592) in Strafrecht II S. 347 gewandelt, er fordert jetzt ausdrücklich Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. „Für das Recht kann es allein darauf ankommen, ob der Täter ... die Einsicht ... in die Rechtswidrigkeit, also in das rechtliche Verbotensein, das rechtlich Unerlaubte seiner Tat besaß“ (a. a. O. S. 347).

Gleispach 1921 S. 20 will fordern das Bewußtsein, „daß die Tat in der Welt, in der er (sc. der Täter) lebt, als gemeinschädlich gilt“. Dieser Maßstab dürfte noch größere Unbestimmtheit besitzen als der der Sittenwidrigkeit und ist daher mit den Gründen Alsbergs (Ref. 1926, S. 60) gegen letzteres Erfordernis — Wertlosigkeit desselben — abzulehnen.

[216]) Kohlrausch 1910, S. 217/8, in Reform 1926 S. 22: „Abträglichkeit für das geschützte R. gut“.

[217]) Hegler Z. 36 S. 198, Anm. 86, Liszt-Schm. 26. A. S. 258 f. und S. 227, Anm. 6, Frank S. 186/87.

[218]) Gleispach 1921 S. 20 f.

[219]) Vgl. Hegler Frank-Festg. I S. 338 und Anm. 2, Mezger Lehrbuch S. 332 f., Klee, Goltd. A. 76, S. 54.

[220]) v. Hippel Strafrecht II S. 347, „Einsicht ... in das rechtliche Verbotensein“.

[221]) Zimmerl, Z. L. v. T. S. 82 f. begnügt sich nicht mit dem Erfordernis des Bewußtseins der Rwkt. Von seiner Abstufung des Unrechts aus (er kennt nicht nur

4. Die letzte Schuldvoraussetzung ist die normale Motivationslage betreffend die Vorstellungen, die den Willenakt des Täters verursacht haben; negativ ausgedrückt das Fehlen einer solchen inneren Zwangslage, eines solchen seelischen Drucks, daß „nicht erwartet werden kann, daß die Vorstellung des tatbestandsmäßigen Erfolgs und seiner Sozialschädlichkeit ausschlaggebendes Gegenmotiv wird“[222]), wo „von außen kommende Motive so stark sind, daß selbst standhafte Menschen ihnen in der Regel nicht zu widerstehen vermögen“[223]), wo sonach dem Täter ein anders, ein rechtmäßiges Handeln nicht mehr zugemutet werden kann, wo er nicht mehr „voller Herr seiner Tat erscheinen kann“[224]). Diese „motivatorischen Schuldbestandteile“[225]) treten im Gesetz und in der Praxis und Rechtslehre in der Form von „Schuldausschließungsgründen“ in Erscheinung. Im Gesetz hat der Gesetzgeber einzelne typische Situationen, in denen regelmäßig die „Zumutbarkeit“ rechtmäßigen Verhaltens auf Grund außergewöhnlicher Motivationslage entfällt, diese schuldausschließende Wirkung unwiderleglich vermutet, um dem Richter die nicht einfache Prüfung innerer Vorgänge möglichst zu ersparen, und damit Typen von Schuldausschließungsgründen geschaffen, deren bekanntester der Notstand des StGB. § 54 ist[226]). Daneben gibt es aber eine Reihe unvertypter Fälle (z. B. den Fall des rechtlich bindenden Befehls), in denen eine solche Zwangslage den Täter entschuldigen kann, wo also der Schuldausschluß vom Vorliegen solcher übermächtiger Motive, die das Andershandeln „unzumutbar“ erscheinen lassen, in concreto abhängt. Goldschmidt wollte die Berücksichtigung dieser Fälle durch den von ihm zum E. 19 vorgeschlagenen § 22 b gesetzlich sicherstellen[227]).

V.

Am Schlusse dieser knappen Darstellung der Schuldvoraussetzungen für die eine Schuldart, den Vorsatz, soll noch ein Hinweis betr.

Unrechtsausschließungsgründe, sondern auch drei Grade von Unrechtsminderungsgründen S. 70 f.) hält er „eine Bestimmung des Gesetzes, welche die Berücksichtigung der Schwere des Unrechts nach der Meinung des Täters ermöglicht, für unumgänglich nötig“. Diese Forderung scheint mir aber genügend beachtbar innerhalb des Strafrahmens des einzelnen Strafgesetzes, also bei der Strafzumessung. Zudem liegt eine Garantie gegen ungerechte Beurteilung des Täters in der von Zimmerl befürchteten Richtung schon in der Forderung einer Bedeutungskenntnis betr. die Tatbestandsverwirklichung in solchem Grad, daß die feindliche Richtung der Tat gegen das verletzte Rechtsgut dem Täter erkennbar wird. Zudem: Wie sollte die Bestimmung, die Zimmerl wünscht, lauten, um nicht zu unbestimmt und zu weittragend zu sein? Zimmerl selbst formt keinen Gesetzesvorschlag.

[222]) Liszt-Schm. 26. A., § 42 S. 283.

[223]) Mezger Lehrb. S. 276.

[224]) Hegler Z. 36 S. 214 und Anm. 107—113. Ueber die allmähliche Anerkennung dieses Schuldelementes s. Lszt.-Schm. 26. A. S. 263, Anm. 17, auch S. 288 f.

[225]) Mezger a. a. O. S. 273.

[226]) Als weitere Fälle werden genannt: §§ 52, 53 Abs. 3 StGB., § 67 Persst.Ges., 130 MilStGB., (Lszt-Schm. 26. A. 286 f.), Hegler nennt daneben als weitere Fälle §§ 257 Abs. 2, § 199, 233 StGB in Z. 36 S. 217 Anm. 110, 110 b.

[227]) Jur. W. 1922, S. 252. § 22 b sollte lauten: „Außer den Fällen entschuldbarer Ueberschreitung von Notwehr (§ 15 III) und des Notstandes (§ 22 a) ist der Täter entschuldigt, wenn er nach den Umständen oder nach seinen persönlichen

die „normative Schuldauffassung" stehen. Daß im Schuldbegriff ein Normatives nicht nur im Sinn des Rechtsnorm bezogenen, sondern ein Normatives im Sinn eines Wert- (eigentlich Unwert-)urteils steckt, ist heute herrschende Meinung[228]). Mezger[229]) drückt dies so aus: „Schuld ist also nicht nur Schuld-Sachverhalt, sondern Schuld-Sachverhalt als Gegenstand des Schuldvorwurfs"; „Schuld ist Vorwerfbarkeit" (letztere Formulierung von Frank). Die besondere Hervorhebung dieser normativen Schuldauffassung in der modernen Lehre ist wohl zum Teil auf den Kampf gegen die „rein psychologische"[230]) Schuldauffassung zurückzuführen, die zum Vorsatz (als Schuldform) nichts verlangte als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Ausgehend von dem Gedanken, daß man von Schuld nur reden könne, wenn man dem Täter aus seinem Verhalten einen Vorwurf machen, über ihn ein Unwerturteil aussprechen könne, und daß auch nur in diesem Fall ein Recht bestehe, ihn zu strafen, wurde zunächst klargestellt, daß es viele Fälle der gewußten und gewollten Tatbestandsverwirklichung gebe, in denen nicht möglich sei, dem Täter einen solchen Vorwurf zu machen, eine solche Mißbilligung auszusprechen. Und man fand zwei weitere Schuldvoraussetzungen: das Unrechtsbewußtsein und die normale Motivationslage. Und in dem Eifer, den jetzt erst richtig und vollständig gefundenen Grundlagen für das Unwerturteil, Schuldurteil Anerkennung in der Schuldlehre zu verschaffen, sah man in diesen Momenten selbst, nicht mehr in dem auf Grund aller Momente zu fällenden Schuldurteil „das normative Schuldelement". Gleispach[231]) und dem Sinne nach auch Beck[232]) erblickten es im „Handeln trotz Erkenntnis des Unerlaubten oder trotz Erkenntnis der Möglichkeit des Unerlaubten", im „Unrechtsbewußtsein". Gegen diese Auffassung wandte sich u. a. Goldschmidt, Notstand 1913, der richtig hervorhebt, der Vorsatz bleibe „auch als Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit genau so eine rein psychologische Beziehung wie ohne dieses Bewußtsein"[233]). Von anderer Seite wurde — unterstützt durch die Fassung Goldschmidts, a. a. O. S. 139: die normale Motivierung sei das Symptom des „normativen Schuldelements", der „Pflichtwidrigkeit" — die normale Motivationslage als „normatives Schuldelement" bezeichnet. In Wahrheit sind alle oben zu Ziff. 1 bis 4 beschriebenen einzelnen Momente, die „psychologischen" einschließlich der Kenntnis des Verbotenseins der

---

Verhältnissen nicht verpflichtet war, sich durch die Vorstellung von der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung vom Handeln abhalten zu lassen."

[228]) Frank, Aufbau 1908, u. Komm. 18. Aufl. S. 136, Allfeld S. 158 II, Lszt.-Schm. 26. A. § 36, insb. S. 228. Beling, Grdz. 8/9 S. 39 Mezger S. 249.

[229]) Mezger Lehrb. S. 249.

[230]) Lszt-Schm. 26. A. S. 228 f.

[231]) Gleispach, Mon.Schr. Kr. Ps. 16, S. 232: „Dies ist das normative Schuldelement", auch Gl. 1921 S. 19 in dieser Richtung.

[232]) Beck, S. 31 oben: „Unrechtsbewußtsein nicht nur irgendein, sondern das beherrschende Element des Vorsatzes... dasjenige nämlich, das dem Vorsatz erst seinen Charakter als Schuldart verleiht"; das „ethische" Schuldelement.

[233]) Goldschmidt, S. 140 unten, s. auch Lzt-Schm. 26. A. S. 227.

Tat und das motivatorische der normalen Motivationslage[234]) nicht normativer Art, sondern nur psychologische Voraussetzungen für das Normative, das Unwerturteil der Rechtsordnung betr. das innere Täterverhalten bei der Tat.

Auch dieses kurze Eingehen auf die „normative Schuldauffassung" entbehrt nicht der Beziehung zum Thema der Arbeit. Wo im Unrechtsbewußtsein das normative Schuldelement erblickt, oder ihm ein ähnlicher Vorrang vor den andern Schuldvoraussetzungen eingeräumt ist, ist zugleich auch die Gefahr der Ueberschätzung des Irrtums über das Unerlaubte der Tat vorhanden[235])[236]). Und die Zurückführung des Unrechtsbewußtseins auf die ihm zukommende Bedeutung im Aufbau vorsätzlicher Schuld führt auch zur Klärung über die Bedeutung des Irrtums über Rechtswidrigkeit.

§ 10: Die Relevanz des Irrtums über die Rechtswidrigkeit.

Schema der Probleme betr. Irrtum über die Rechtswidrigkeit

1. Ist der Irrtum über die Rechtswidrigkeit (o. Ä.) beachtlich?
   A) Nein. (Z. B. Lukas D.J.Z. 1914, Sp. 249 f.)
   B) Ja. (Nach allen Entwürfen.)
   Unterfragen:
   a) Systematische Stellung.
      aa) Schließt er den Vorsatz (= Vorsatzschuld schuld) aus? V.E. 1909 § 61 Abs. 1 (nur betr. nichtstrafrechtliche Rechtssätze), G.E. 1911 § 23 (mit Beschränkung, s. o. § 3 der Arbeit S. 13),
         α) den „psychologischen" Vorsatz.
         β) die (Vorsatz)Schuld. Der Sache nach: Dohna Z. 52. S. 105 f., s. o. S. 1, Anm. 2: Ausschluß der Schuld, aber nicht des Vorsatzes.
      bb) Wenn nicht aa, Berücksichtigung außerhalb der Vorsatzschuld, nicht Strafbarkeit der Tat als vorsätzliche Begehung?
         So. E. 13 § 114, E. 19 § 12; E. 25 § 13 Abs. 1, E. 27 § 20 (vorsätzlich hier wohl = Vorsatzschuld, s. o. S. 27, Anm. 111, S. 28, Anm. 120).
   b) Entschuldbarkeitsfrage.

---

[234]) S. betr. dieses Moment jetzt besonders Thierfelder a. a. O. S. 5 Anm. 8 („nicht das einzelne Schuldelement ist normativ ..., sondern der Ausgangspunkt für die ganze Schuldbetrachtung"), s. übrigens jetzt auch Goldschmidt Fr.-Festschr. I S. 431, 442, 443 (es sei ein Irrtum, daß die normale Motivierung „normatives Schuldelement" sei, sie sei „psychisches Schuldelement").

[235]) wie dies insb. bei Beck, Unrechtsbew. der Fall ist, vgl. dort S. 21, 22, 25, 31 u. öft.

[236]) Vgl. die S. 48 Anm. 198 d zitierten.

aa) Wird nur „Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit" gefordert? (Unentschuldbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit schließt Vorsatz oder Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung nicht aus, aber entschuldbar).

α) Zu Vorsatzschuld (s. o. a, aa) Haftung wegen Vorsatzschuld? So Dohna Z. 25, S. 150 f.

β) Neben Vorsatzschuld zur Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung (s. o. a, bb)?

bb) Wird aa verneint (d. h. auch unentschuldbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit schließt Vorsatz oder Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung aus): Wie wird unentschuldbarer Irrtum ü. d. Rwkt. behandelt?

α) Nur Bestrafung bei Fahrlässigkeitsdelikten: Vorentwurf 1909 § 61 Abs. 1, G.E. § 23, E. 25 § 13 Abs. 2.

β) Stets, aber milder als vorätzliche Begehung zu bestrafen: E 27 § 20, E 19 § 12 Abs. 1, s. auch E 13 § 114.

γ) Straflosigkeit.

c) Inhalt: Rechtswidrigkeit, Pflichtwidrigkeit, Sozialschädlichkeit?

2. Kommt Irrtum betr.

A) Tatbestandsmerkmale, und betr.

B) Unrechtausschließungsgründe per se in Betracht, oder nur in Verbindung mit dem Folgeirrtum betr. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit?

a) Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale.

aa) Meist bejaht per se.

bb) In verneinender Richtung, z. B. Dohna, Recht und Irrtum, S. 18, S. 27, Beck, Unrechtsbewußtsein S. 10, S. 28 f., s. dagegen Eichmann S. 21, Engisch Mon.-Schr. f. Krim.Psych. 21, S. 118.

b) Unrechtausschließungsgründe.

aa) Bejaht per se (z. T. nur bei Tatirrtum), so E 19, § 11 Abs. 2, E 27 § 17 Abs. 2, G.E. § 20.

α) Als vorsatzausschließend E 19 § 11 Abs. 2, G.E. § 20 (s. o. S. 14).

β) Nicht als vorsatzausschließend, aber nicht Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung, E 27 § 17 Abs. 2.

bb) Verneint per se: Vorentwurf E 09 § 61 (betr. rechtlichen Irrtum), E 25 § 13 Abs. 1, Dohna, Recht und Irrtum S. 27, Beck S. 28/29.

I.

1. Eine Voraussetzung des Schuldvorwurfs ist, wie im Vorausgehenden dargelegt worden ist, daß der Täter wisse, seine Tat sei vom

Rechte verboten, sei rechtswidrig, oder doch erkenne, sie sei den Interessen der Gemeinschaft unmittelbar oder mittelbar, weil sie die Interessen von Gemeinschaftsgliedern verletzte, schädlich (Schema S. 57 1 B). Für die Irrtumslehre folgt hieraus: Jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit, schärfer gesagt jede Unkenntnis der Rechtswidrigkeit schließt den Vorsatz = dolus (Schema 1 B a, aa, α und β) aus, gleichgültig, ob entschuldbar oder unentschuldbar (s. auch Schema 1 B, b, bb, und anfangs Bemerktes). Die Wendung „Unkenntnis" gibt zugleich einen Fingerzeig für die Behandlung des Gebietes des Zweifels über die Rechtswidrigkeit. An die Kenntnis des Unrechtsbewußtseins als Vorsatzvoraussetzung darf keine strengere Anforderung gestellt werden als an die Kenntnis betr. Tatbestandsverwirklichung. Zum Vorsatz muß, wie hier die Erkenntnis von der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung und das Handeln auf die Gefahr hin, daß der Tatbestand sich verwirkliche, so dort die Erkenntnis des möglichen Unrechtscharakters der Tat und das Handeln auf die Gefahr hin, die Tat sei unrecht, genügen. Die Grenzen für den Irrtum über die Rechtswidrigkeit sind nach dieser Richtung keine andern als die für den Irrtum betr. Tatbestandsverwirklichung[237]).

2. In der weiteren Frage, ob der Irrtum über die Rwkt. stets voll entschuldige (Schema 1 B bb, γ), oder ob zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum zu trennen sei (Schema 1 B, b, bb, α und β, in letzterem Fall zu strafen sei, s. Schema ebenda) und ob dann bei unentschuldbarem nach anderen Gesichtspunkten zu strafen sei als bei sog. „Tatsachenfahrlässigkeit" (s. o. S. 51), ist ebenfalls schon im Vorausgehenden, s. ob. § 9 III 3 b, S. 49 f., der Weg für die richtige — in beiden Punkten bejahende — Entscheidung gewiesen.

Unentschuldbar ist der Irrtum über die Rwkt., wenn der Täter aus Fahrlässigkeit die Rwkt. der Tat nicht erkannte. Diese Unentschuldbarkeit darf sich von der sog. „Tatsachenfahrlässigkeit" in ihren Voraussetzungen nur durch das Beziehungsobjekt, nicht aber durch ein anderes Maß von Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und das Vermeidenmüssen unterscheiden. Die Fassung der Bestimmungen zum Irrtum über die Rwkt. in einzelnen Entwürfen, die auf „Entschuldbarkeit" — „Nichtentschuldbarkeit" des Irrtums abstellen, so in E 13 § 114 Abs. II, E 19 § 12 Abs. II, bes. E 27 Ausschußfassung § 20 Abs. II, dort in auffallendem Gegensatz des § 20 II (§ 19, II des E 27) zum § 20 I (E 27 (§ 17 II) zeigt, daß sich diese Forderung nicht von selbst versteht. Eindeutig auf fahrlässigen Irrtum über die Rwkt. stellen ab die Entw. 1909 § 61 I, GE § 11, Goldschm. J. W.

---

[237]) So auch Gleispach in MSchKrPs. 16 S. 231/32. Richtig auch S. 230 u.: „Wer handelt, ohne sich um die Beurteilung seiner Tat ... überhaupt zu kümmern, der kann sich nicht auf § 13 (sc. des E 25) berufen", wenn Gleispach hiemit meint: „Wer handelt, ohne sich im Augenblick der Tat um die Beurteilung ... zu kümmern ...", denn dann ist er auch mit der Tat als möglicherweise unrechten einverstanden. Außer Gl. vgl. Engisch 238, Begr. E 25 S. 16 Sp. 1, Begr. E 27 S. 20 Sp. 1, Münchner E 1922 S. 10 § 11, Strafr. Aussch. 32, 9, 6/7, 32, 10, 7, 1.

1922, S. 254 § 21, Münchner E S. 11 § 13 II, E 25, § 13 II. Bei der Formulierung der erstgenannten Entwürfe handelt es sich nicht immer lediglich um eine Unsicherheit und Scheu, positiv zu bestimmen, worin diese Unentschuldbarkeit nun bestehen soll, vielmehr zeigen die Protokolle der Strafrechtskomm.[238]), daß nach der Auffassung einer Seite ausdrücklich „die Entschuldbarkeit" des Irrtums über die Rwkt. ein „von der Schuldlehre" — also auch von den Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit — „unabhängiger Begriff" sein soll, der dem Richter ermögliche, nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen, ob der „Rechtsirrtum" zu entschuldigen, „zu verzeihen" sei. Eine solche Sonder-Entschuldbarkeit für den I. ü. d. Rwkt. ist um der Klarheit und Einheitlichkeit des Schuldbegriffs und der Schuldformen willen — de lege ferenda — abzulehnen[239]) [240]).

Die Auffassung, unentschuldbarer Irrtum über die Rwkt. sei stets fahrlässiger Irrtum, wird noch von einer andern Seite her angegriffen. Beck (S. 33), der die Fassung des E 25 hiewegen ausdrücklich tadelt, ist der Auffassung, es gebe auch einen vorsätzlich herbeigeführten vermeidbaren Irrtum ü. d. Rwkt., wenn nämlich der Täter sich „bewußt, vielleicht sogar absichtlich jeder Bekanntschaft mit den Normen entzieht." Becks Argument ist nicht schlüssig. Entweder verhält sich der Täter im Sinne Becks bewußt gleichgültig gegen das Recht o h n e Beziehung auf ein von ihm beabsichtigtes konkretes Verhalten, dann war der konkrete Irrtum über die Rwkt. für ihn voraussehbar und vermeidbar; damit fällt ihm — u. U. grobe — Fahrlässigkeit betr. seine Rechtsunkenntnis zur Last. Kümmert sich der Täter bewußt nicht um das Recht im Hinblick auf ein bestimmtes, k o n k r e t e s Verhalten, dann bringt er damit zum Ausdruck, daß er an die Möglichkeit rechtlicher Mißbilligung seines Verhaltens dachte und in der Hoffnung, dann nicht gestraft zu werden, absichtlich keine Aufklärung hierüber herbeiführte. Dann hat allerdings der Täter nicht in „Rechtsfahrlässigkeit", sondern vorsätzlich, hinsichtlich des Bewußtseins der Rwkt., nämlich mit eventuellem Vorsatz gehandelt.

3. Die weitere Frage ist, (Schema o. S. 57 f., 1 B, b, bb, α oder β?), mit welchen Rechtsfolgen der Fall unentschuldbaren Irrtums über die Rechtswidrigkeit bei sonst vorsätzlichem Handeln auszustatten sei, insbesondere, ob er gleich oder anders zu behandeln sei wie die sog. „Tatsachenfahrlässigkeit". Die Eigenart unseres Falles, der im Gegensatz zu der letzteren sog. „Rechtsfahrlässigkeit"[241]), wird mit dem terminus

---

[238]) Strafrechtskommission, Protokolle, 1. u. 2. Lesung (1911—1913). 215. Sitzg. S. 9.

[239]) Unklarer Begriff der „Entschuldbarkeit" auch b. Coenders in RG.-Festg. V S. 294 und 295 oben.

[240]) Für Fahrlässigkeit (die Zitierten allerdings nicht immer ausgesprochen de lege ferenda): Allfeld S. 181 Note 16, Eberm. in LZ. 1918, Sp. 812/13 u. JW. 1922 S. 245, 2, Hegler Jahresk. III, Anm. 56, S. 171, vgl. mit Anm. 49 S. 170, v. Hippel LZ. 18, 1042 (auch LZ. 18, 702 betr. BRVo.), Bew. d. Rwkt. 1924 S. 12 (§ 59a) u. S. 15, Strafr. II S.342, M. E. Mayer z. B. S. 318, 322, v. Liszt-Schmidt, 26. A. S. 273 f., Weiz S. 19, Engisch § 17 S. 242 f., auch Sänger (Prot. 32, 9, 3, 2).

[241]) S. o. S. 51 Ziff. 2 und Anm. 205 daselbst, vgl. auch Engisch Unters. § 17 S. 243 f., Münchener E. § 13 II und S. 11 f.

„gemischte Schuld“[242]) anschaulich charakterisiert; es sind die Fälle, wo der Täter über die Rwkt. seines Verhaltens in toto irrt, bei Vorliegen der im übrigen für den Vorsatz (im psychologischen Sinn und den dolus) vorauszusetzenden Kenntnis, wobei also als Quellirrtum des Irrtums über die Rwkt. nur die (Rechts-) Irrtumsformen S. 5 Ziff. 1 b, bb, Ziff. 2, b, bb, und die Formen Ziff. 1 b, aa und 2 b, aa, soweit sie außerhalb der zum Vorsatz erforderlichen Bedeutungskenntnis liegen, in Betracht kommen. Eine verallgemeinernde, grundsätzliche Differenzierung betr. die Schwere der Schuld zwischen dem letzteren Fall, der „Rechtsfahrlässigkeit“ und dem ersteren, der „Tatsachenfahrlässigkeit“ läßt sich kaum begründen[243]). Und dennoch ist von vielen Seiten — unter den Entwürfen vgl. E 19 § 12, Abs. 1, E 27 § 20, und Münchener E § 14, s. auch E 13 § 114 — im Gegensatz zu der Beschränkung der Strafbarkeit bei „Tatsachenfahrlässigkeit“ auf die Fälle der Fahrlässigkeitsdelikte, deren Rahmen in den Entwürfen nicht prinzipiell erweitert worden ist, für die „Rechtsfahrlässigkeit“ durchgängige Bestrafung, aber in einem gegenüber der Vorsatzstrafe gemilderten Strafrahmen vorgesehen worden. Der Gedanke, gerade auf dem Gebiet der Gesetzgebung in einer so prinzipiellen Frage allem unerprobten Neuen mit möglichster Vorsicht und Zurückhaltung zu begegnen, wird in vielen Fällen zu dieser Forderung geführt haben. Daneben spricht jedoch auch vom obigen Standpunkt der grundsätzlichen Gleichbewertung beider Irrtumsgruppen für die Frage der Schuld für diese letztere Ausgestaltung der Rechtsfolgen der sachliche Grund, daß die Fahrlässigkeitsdelikte de lege lata und auch de lege ferenda nach den Entwürfen nicht für die Fälle der „Rechtsfahrlässigkeit“ aufgestellt und begrenzt sind, und daß eine generelle Erweiterung der Fahrlässigkeitsdelikte unter dem Gesichtspunkt stärkerer Erfassung der sog. „Rechtsfahrlässigkeit“ de lege ferenda auch nicht wünschenswert ist, da sonst die sog. „Tatsachenfahrlässigkeit“ in zu weitem Umfang zur Bestrafung gezogen würde. Unter diesem Gesichtspunkt entscheidet sich auch die gegenwärtige Arbeit für generelle, aber gegenüber der Vorsatzstrafe obligatorisch zu mildernde Bestrafung in einem festen Strafrahmen, etwa dem des § 73 E 27. Dabei ist wünschenswert, daß auf dem Weg einer Bestimmung, wie der des § 76 E 27, für besonders leichte Fälle möglich bleibt, von Strafe ganz abzusehen. Der obligatorischen Strafmilderung dürfte der Vorzug gegenüber der nur fakultativen in § 20 des E 27 gebühren: das Fehlen jeder Vorstellung vom rechtlichen Verbotensein seines Verhaltens beim Täter scheidet diese Form „gemischter Schuld“ so deutlich vom Vorsatz, für den — s. S. 50 f. zu b, insbes. S. 51 — de lege ferenda Bews. der Rwkt. zu fordern ist, und der Ausfall des Gegenmotivs „Rechtswidrigkeit des Handelns“ (o. S. 50/51) gestaltet die Motivationslage hier so typisch anders, daß dieser Sachlage eine bloße fakultative Strafmilderung nicht ausreichend Rechnung trüge.

---

[242]) Hegler Jahreskurse III S. 171 Anm. 56.

[243]) Für eine Differenzierung in der Schwere neuestens Werner Goldschmidt S. 3, dessen Begründung aber wohl nicht durchschlagend ist.

II.

Wichtiger als die Erörterung der Straffolgen im Einzelnen erscheint für den Rahmen dieser Arbeit die genaue Abgrenzung der Fälle, in denen die besondere Relevanz des Irrtums über die Rwkt. in die Erscheinung tritt. Oben ist dargetan, daß das Bewußtsein der Rwkt. nur eine Schuldvoraussetzung neben andern ist. Auch erhellt aus der Darstellung in § 9, daß die Voraussetzungen der Schuld nicht in einfachem Nebeneinander, sondern in einer teleologischen Stufenfolge zueinander stehen, die auf den Aufbau des Verbrechens- und Schuldbegriffs Bedacht nimmt. Erst wenn die Zurechnungsfähigkeit des Täters feststeht, hat es Sinn, nach Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis betr. Merkmale des spez. Tatbestands zu fragen; nur bei feststehender Kentnnis betr. Merkmale des spez. Tatbestandes erhebt sich ev. die Frage nach der Annahme eines unrechtausschließenden Sachverhalts. Nur wenn dem Täter die Tatbestandsverwirklichung i. e. S. bekannt und ein unrechtausschließender Sachverhalt von ihm nicht vorgestellt ist, ist es sinnvoll, weiter nach der Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Gesamtverhaltens des Täters zu fragen[244]). Und nur wenn dem Täter alle Umstände der Tat mit Einschluß ihres Unrechtscharakters bekannt sind, kann evtl. noch die Prüfung der Motivationslage, der „Zumutbarkeit" rechtmäßigen Verhaltens in Betracht kommen. Eine gleiche Stufenfolge der Prüfung muß auch hinsichtlich der Irrtumsfrage eingehalten werden, will man der Bedeutung der einzelnen Irrtumsformen gerecht werden.

1. Der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale des speziellen Strafgesetzes (s. o. S. 42 A a) schließt per se[245]) den Vorsatz aus — Schema S. 57 f. S. 2 a, aa —, ohne Unterscheidung „normativer" und „nichtnormativer", tatsächlichen Irrtums und rechtlichen (Subsumtions-) Irrtums (o. S. 4/5 Ziff. 1a und 1b, aa), letzteres, soweit nach S. 44 f. „Bedeutungskenntnis" zu fordern ist („Bedeutungsirrtum"[246]). Vorsatzausschließend wirkt hienach der „Bedeutungsirrtum", der den Täter nicht mehr die feindliche Richtung seiner Tat gegen dasjenige Rechtsgut erkennen läßt, zu dessen Schutz das besondere Strafgesetz erlassen ist, vgl. o. S. 46[247]). Beruht ein solcher Irrtum betr. ein Tatbestands-

---

[244]) Hier kommt dann in Betracht der Irrtum (Unkenntnis) betr. das Bestehen eines sie in ihrer Gesamtheit treffenden Verbotsrechtssatzes (o. S. 5 Z. 1 b, bb) und Irrtum (irrige Annahme) betr. die Existenz eines — im Recht nicht anerkannten — unrechtausschließenden Rechtssatzes.

[245]) Per se; s. auch gegen die Auffassung, daß der Grund für Beachtlichkeit des Irrtums betr. Tatbestandsmerkmale darin liege, daß der Täter infolge dieses über die Rechtswidrigkeit in toto irrt, Eichmann a. a. O. 21 bei Anm. 56 (u. dort zit.), Engisch Mon.Schr. f. Krim.Psych. 21, S. 118. Vgl. auch u. S. 146 A. 290.

[246]) Daß im Einzelnen noch eine Reihe von Fragen hinsichtlich der Relevanz des Irrtums betr. Tatbestandsmerkmale übrig bleibt, zeigt anschaulich Hegler Z. 36, Anm. 91, S. 202/04 am Schema des richterlichen Syllogismus. Ein strittiges Gebiet ist insbesondere die Beachtlichkeit des Irrtums über den Kausalverlauf.

[247]) Da Tatbestandsmerkmale nicht schlechthin objektive — in der Welt außer der Psyche des Täters befindliche — Momente sind, sondern alle solche, die für die objektive Bewertungsseite der Tat, die Rechtswidrigkeit von Bedeutung sind (anders Weiz S. 9/10), kann die Frage des Bedeutungsirrtums auch entstehen betr. Momente,

merkmal auf Fahrlässigkeit, so ist der Täter wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, sofern fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt ist.

2. In gleichem Umfang, auch betr. die Bedeutungskenntnis (s. o. S. 47) ist der Irrtum betr. Merkmale eines Unrechtsausschließungsgrundes beachtlich (Schema zu S. 57 f., 2, b, aa, α), auch dieser Irrtum schließt per se den Vorsatz aus, sowohl soweit er tatsächlicher (S. 5 Z. 2 a), als auch[248]) soweit er rechtlicher (Subsumtionsirrtum, S. 5 Z. 2 b, aa) Irrtum ist[249]). Beruht ein solcher Irrtum auf Fahrlässigkeit, so ist auch hier der Täter wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, wo fahrlässige Begehung unter Strafe steht. Es handelt sich hier nicht um uneigentliche Fahrlässigkeit, die etwa erst auf Grund einer Sondervorschrift, wie § 19 II des E 27 oder in analoger Anwendung der Fahrlässigkeitsbestimmungen zu strafen wäre, sondern um eigentliche Fahrlässigkeit, so richtig Engisch § 27 S. 375, 3; Münch. E. S. 10 f., S. 12, Goldschmidt J. W. 1922 S. 252 § 20 und S. 254 2, Zimmerl Z. L. v. T. S. 98/99[250]).

---

die innerhalb der Psyche des Täters liegen. Hat der Täter die Absicht, sich durch Täuschung von einem Dritten einen Gegenstand zu verschaffen, so kann er zwar über diese bei ihm wirksame konkrete Absicht nicht irren, aber er könnte sehr wohl irren über die Bedeutung, die die Rechtsordnung seiner Absicht beilegt. Während er z. B. selbst glaubt, das Erstrebte sei kein rechtswidriger, vielleicht überhaupt kein Vermögensvorteil, muß dies Erstrebte nach den Normen des Rechts so gewertet werden. Bei dieser Sachlage scheidet sich die Bedeutung dieser innerpsychischen Momente als Rechtswidrigkeitsmomente von ihrer Bedeutung für die Schuld: wie bei objektiven Momenten — außerhalb der Täterpsyche — die objektive Bedeutung für die Rechtswidrigkeit entscheidend ist, die Kenntnis dieser Bedeutung aber für die Schuld, so auch bei diesen innerpsychischen: die ihnen nach der Rechtsordnung innewohnende wirklich vorhandene Bedeutung macht das Täterverhalten rechtswidrig, der Mangel der Bedeutungskenntnis des Täters betr. diese Momente ist Mangel der für die Schuld erforderlichen Bedeutungskenntnis. Auch hier handelt es sich um Mangel der Bedeutungskenntnis betr. Tatbestandsmerkmale. In erster Linie entscheidet also auch hier der Bedeutungsirrtum selbst über seine Beachtlichkeit, nicht der etwaige Folgeirrtum über die Rechtswidrigkeit (S. zu dem Gesagten Hegler, Frank-Festschr. I, S. 337 f.). — Gerade der Fall des Irrtums scheint mir besonders einleuchtend die Funktion solcher innerer Momente, wie sie Hegler Frank-Festg. I S. 251 f. (und auch schon Z. 36 S. 31 f., Anm. 36 f.), Mezger, Vom Sinn strafr. Tatbest. u. Lehrb. § 20, Zimmerl, z. L. v. T., S. 28 f. herausgestellt haben, für die Rechtswidrigkeit zu zeigen.

[248]) Zu eng Frank 18. Aufl. S. 188: „Die auf Tatsachenirrtum beruhende Annahme" (eines unrechtausschließenden Umstandes).

[249]) Insoweit betr. den rechtlichen Irrtum die Frage der Bedeutungskenntnis auch hier auftaucht, ist — entsprechend dem oben zu Ziff. 1 gegebenen Kriterium betr. das Maß erforderlicher Bedeutungskenntnis beim Vorsatz — ein Maßstab für die Relevanz des Bedeutungsirrtums zu bilden, dessen Formulierung allerdings hier — betr. unrechtausschließende Momente — erheblicheren Schwierigkeiten begegnet als zu Ziff. 1.

[250]) „Eigentliche Fahrlässigkeit", sofern man es mit der teleologischen Gleichstellung von Merkmalen des speziellen Deliktstatbestandes einerseits, Abwesenheit der Merkmale von Unrechtausschließungsgründen andererseits im Vorsatzbegriff ernst nimmt. Es fehlt in beiden Fällen an einem Voraussetzungsmerkmal für den „Vorsatz" im „psychologischen" Sinn (und deshalb auch für den dolus), hinsichtlich des Fehlenden trifft den Täter der Vorwurf der Voraussehbarkeit und des Vermeidenmüssens, der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Auch der Einwand, daß im Fall o. S. 5 Ziff. 2a oder 2b, aa gegenüber den Fällen 1a oder 1b, aa „gemischte Schuld" — teils Vorsatz, teils Fahrlässigkeit — vorliege, kann gegenüber der „Fahrlässigkeit", die gemeinhin als solche anerkannt ist (Ziff. 1a, 1b, aa) keinen grundsätzlichen Unterschied bedingen. Teilweise vorsätzliche, teilweise fahrlässige Deliktsverwirklichung ist

ad 1. und 2. Regelmäßig[251]) wird der Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale, der Irrtum betr. Unrechtausschließungsgründe den Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat in toto zur Folge haben. Entsteht hieraus, wenn der Irrtum über die Rwkt. eine Sonderregelung erfährt, wie in den sämtlichen Entwürfen, eine Schwierigkeit für die Beantwortung der Frage, ob der Quellirrtum oder ob der Folgeirrtum über die Relevanz entscheidet? Beachtet man die Stufenfolge der Verbrechensvoraussetzungen auch in der Irrtumsfrage, dann entsteht diese Schwierigkeit nicht. Da die Vorstellung betr. Tatbestandsmerkmale (bzw. fehlende Vorstellung des Eingreifens von Unrechtausschließungsgründen) selbständige Schuldvoraussetzung ist, ist auch der Irrtum betr. diese Momente für sich allein beachtlich[252]) — und da diese Vorstellung (bzw. Fehlen einer Vorstellung bei Unrechtausschließungsgründen) Grundlage für die Vorstellung der Rwkt. der Tat ist, ist der Irrtum betr. jene Momente organisch, teleologisch gesehen vor dem Irrtum über die Rwkt. in toto zu prüfen und zu beachten. Daß bei Irrtum betr. Merkmale des gesetzlichen Tatbestands und betr. Eingreifen eines Unrechtausschließungsgrundes nicht der etwa folgende Irrtum (Unkenntnis) betr. die Rwkt. in toto über die Beachtlichkeit entscheiden darf, daß der Irrtum betr. jene Momente überdies seine Relevanz behält, auch wenn infolge eines weiter hinzutretenden Irrtums (Gegenfall z. S. 5, Ziff. 1 b, bb, 2 b, bb zu Ungunsten des Täters — s. o. S. 7, Anm. 25 —) der Folgeirrtum über die Rwkt. in concreto nicht gegeben ist, der Täter also mit Bewußtsein d. Rwkt. handelt, geht auch aus folgender Ueberlegung hervor: Wenn der Täter betr. wesentliche Einzelmomente seiner Tat irrt, diese also in ihrer „Sobeschaffenheit" im einzelnen gar nicht kennt, kann er weder eine positive noch eine negative Vorstellung über die Rechtswidrigkeit dieser objektiven Tat haben, sondern nur eine Vorstellung über den rechtlichen Wert oder Unwert einer vorgestellten, nicht existenten Tat besitzen. Hält er diese für nicht rechtswidrig, so ist dies eine für das Recht, das mit der wirklichen Tat zu tun hat, unbeachtliche Vorstellung. Umgekehrt — wenn der Täter das von ihm vor-

---

auch bei Begehung von Fahrlässigkeitsdelikten im letzteren Sinn häufig gegeben: Der Jäger schießt vorsätzlich auf seinem Jagdgrund, und erkennt fahrlässig nicht, daß sein Ziel kein Wild seines Jagdreviers, sondern ein Treiber ist; der Schütze zielt „vorsätzlich" auf seinen Freund, drückt „vorsätzlich" los, weiß aber aus Fahrlässigkeit nicht, daß die Flinte geladen war. Es kann auch nicht entgegnet werden, daß in den eben genannten Beispielen von „Vorsätzlichem" auch in psychologischem Sinn überhaupt nicht die Rede sein könne, weil doch vorsätzliches Handeln eben Kenntnis aller Merkmale des speziellen Delikttatbestandes voraussetze. In Wahrheit erfordert Vorsatz nach dem eingangs der Anmerkung Erwähnten (s. S. 42 f.) Kenntnis der Merkmale der speziellen Tatbestandsverwirklichung einschließlich der Abwesenheit einer Vorstellung von Unrechtausschließungsgründen, so daß man auch in den besonderen Fällen der sog. „gemischten Schuld" nicht eigentlich von teils vorsätzlicher, teils fahrlässiger Deliktsverwirklichung reden darf. Im Ergebnis ebenso wie hier (Fahrlässigkeitsstrafe bei Irrtum betr. Unrechtausschließungsgründe [S. 5 Ziff. 2a, 2b, aa] Hegler Jahreskurse III S. 170 Anm. 49).

[251]) Nicht immer, das ist schon oben S. 6 , S. 24, Anm. 96 gezeigt worden; vgl. auch Hegler Z. 36 S. 205, Anm. 91, Zimmerl a. a. O. S. 77.

[252]) Dies verkennt Gleispach, D. Strafgesetzentwurf S. 31, Anm. 1.

gestellte, mit dem objektiv vorliegenden nicht übereinstimmende Handeln zufolge des oben erwähnten Irrtums zu seinen Ungunsten für rechtswidrig hält, so ist dieses „Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" nicht die erforderliche Kenntnis eines wirklichen Verbotenseins, sondern nur ein Irrtum über das Verbotensein einer Tat, die, wäre sie objektiv gegeben, nicht rechtswidrig sein würde. Der Täter begeht gleichsam ein Putativ-Wahnverbrechen, das ihm zur Verantwortlichkeit für die andersgeartete objektive Rechtsverletzung, die er nicht kennt, nicht zugerechnet werden darf, jedenfalls nicht zum Vorsatz.

Für die Praxis bedeutet diese Erkenntnis in allen Fällen, wo der Irrtum betr. Einzelmomente (im Sinne von S. 62/63, s. S. 4/5 Ziff. 1 a, 1 b, aa, 2 a, 2 b, aa) erwiesen oder dem Täter nicht zu widerlegen ist, auch Wegfall der Prüfung, ob der Täter mit Unrechtsbewußtsein handelte oder nicht.

3. Irrt der Täter über einen tatsächlichen Sachverhalt — S. 6, Ziff. 4 a —, der geeignet ist, bei ihm eine abnorme Motivationslage zu schaffen, die rechtmäßiges Handeln unzumutbar macht und daher bei unrechtmäßigem Verhalten die Schuld ausschließt, so wirkt der Irrtum, die falsche Annahme einer Sachlage, z. B. eines Notstands i. S. v. § 54 StGB. (Putativnotstand) nach denselben Gesichtspunkten schuldausschließend, wie wenn die Sachlage objektiv gegeben wäre: weil dieselbe abnorme psychische Zwangslage wie bei wirklichem Vorliegen gegeben ist. Denn es ist „die ganze Bedeutung dieser Momente ja im Innerlichen gelegen"[253]), und „in Wahrheit ist der sog. Putativnotstand" — in den Fällen, wo ihm entschuldigende Wirkung zukommt — „ein echter Notstand"[254]). Nur eine Frage gesetzespolitischer Zweckmäßigkeit ist es, ob beim Irrtum über die vom Gesetz typisierten Notstandssituationen nicht ebenso wie bei ihrem objektiven Vorliegen dem Richter die Einzelprüfung, ob als Folge des Irrtums die entschuldigende abnorme Motivationslage eingetreten sei, abgenommen werden, und die Entschuldbarkeit des Irrtums nur von der irrigen Vorstellung der Situation selbst abhängig gemacht werden soll[255]). Stets wird also der Irrtum, der eine solche psychische Zwangslage bewirkt, die Vorsatzschuld ausschließen[256]). Strittig kann nur sein, ob das Handeln in abnormer Motivationslage Fahrlässigkeitsstrafe zulasse in Fällen, wo diese Motivationslage auf einem fahrlässigen Irrtum beruht. Dies ist zu bejahen[257]).

---

[253]) Hegler Z. 36 S. 216, Zimmerl a. a. O. S. 68.

[254]) Radbruch in Frank-Festgabe I S. 166.

[255]) Verneinend v. Liszt-Schmidt S. 288 VI (Prüfung von Fall zu Fall).

[256]) Frank, Aufbau S. 19, Goldschmidt, Oe. Z. 4, S. 136, Hegler Z. 36, S. 216, Anm. 113, Radbruch Fr.-Festg. I, S. 166, Zimmerl a. a. O. S. 68. Mezger Lehrb. § 43 III (S. 319 f.) will generell jeden Irrtum über „strafausschließende Tatsachen" entschuldigen lassen (Analogie von § 59 StGB.), „gleichgültig, ob es sich um unrechtausschließende oder um schuldausschließende äußere Tatsachen handelt" (S. 320). S. gegen Mezger richtig von Liszt-Schmidt 26. Aufl. S. 289, Anm. 13.

[257]) So Hegler Z. 36 S. 216, Anm. 113, ähnlich auch Frank Aufbau S. 19; v. Liszt-Schmidt a. a. O. S. 289 und Anm. 13 verkennt das Problem. Aehnlich wie bei der actio libera in causa kommt ein kausales Verschulden in einem Zeitpunkt vor

Auch ein solcher Irrtum über einen schuldausschließenden tatsächlichen Sachverhalt (z. B. Putativnotstand in Tatirrtum) kann — in Verbindung mit einem Irrtum wie oben S. 5 Ziff. 2b, bb, vgl. S. 6 Anm. 23 — den Irrtum über die Rechtswidrigkeit zur Folge haben. Dann ist in der Stufenfolge der Schuldvoraussetzungen das Fehlen der Vorstellung vom Unrechtscharakter der Tat als Fehlen einer Voraussetzung des Vorsatzes im psychologischen Sinn, s. o. S. 52 Anm. 207 v o r dem Vorliegen einer schuldausschließenden Motivationslage zu beachten, also v o r dem Irrtum (s. o. S. 6, Ziff. 4 a) über eine schuldausschließende Sachlage. Im Falle verschuldeten Irrtums darf aber die Prüfung, ob Quellirrtum für den Irrtum über die Rwkt. ein für sich allein schuldausschließender Irrtum betr. einen schuldausschließenden tatsächlichen Sachverhalt — in Verbindung mit dem Irrtum betr. Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes, s. o. S. 5 Anm. 20 — sei, doch nicht unterbleiben, da in diesem Fall dem Quellirrtum stärkere, strafmildernde (nur Fahrlässigkeitsstrafe), unter Umständen strafbefreiende (wenn fahrlässige Begehung nicht strafbar ist) Wirkung innewohnt als dem Folgeirrtum. Daß der verschuldete Irrtum in diesem Fall nicht unter die etwaige Vorschrift betr. Irrtum über die Rwkt., sondern unter die Vorschrift über Irrtum betr. einen schuldausschließenden Sachverhalt[258]) als der für den Täter günstigeren zu stellen ist (unter dem Gesichtspunkt der Exkulpation), sollte wieder keinem Zweifel unterliegen können.

Mit den angeführten 3 Irrtumsformen: dem (Tat- und Rechts-) Irrtum betr. Merkmale des speziellen Deliktstatbestands (S. 4/5 1 a, 1 b, aa), (Tat- und Rechts-) Irrtum betr. unrechtausschließenden Sachverhalt (S. 4/5 Ziff. 2 a, 2 b, aa) und (Tat-) Irrtum betr. schuldausschließenden Sachverhalt ist die Zahl der für sich allein beachtlichen „Quell"irrtümer erschöpft. Für sich allein unbeachtlich, weil die Voraussetzungen des Schuldvorwurfs nicht berührend, sind die weiteren Irrtumsformen:

4. Der Rechtsirrtum über die B e d e u t u n g eines Tatbestandsmerkmales oder eines Merkmales eines Unrechtausschließungsgrundes (Subsumtionsirrtum im Sinne von o. S. 4/5, Ziff. 1 b, aa, 2 b, aa) ist per se unbeachtlich, soweit dieser Bedeutungsirrtum die zum Vorsatz erforderliche Kenntnis (s. o. S. 44 f.) nicht beeinträchtigt[259]). (Der Täter weiß nicht, daß das von ihm gefälschte Schriftstück eine Urkunde im Rechtssinne ist, er weiß aber, daß er einen Schuldschein, der zum Nachweis von Rechten u. U. erheblich ist, mit einem falschen Namen als Unterschrift versieht.)

5. Der Irrtum betr. die Existenz eines Verbotsrechtssatzes (S. 5 1 b, bb, z. B. der Glaube, Pfandkehr sei nicht verboten) würde p e r s e

der eigentlichen Entschlußfassung in Betracht. Es wird dann allerdings besser von einer „Quasifahrlässigkeit" geredet, so Hegler Z. 36 S. 216, Anm. 113, vgl. denselben Jahreskurse III S. 171, Anm. 51, dort als Fall „gemischter Schuld" bezeichnet.

[258]) Bei mangelnder gesetzlicher Regelung unter die der ratio legis entnommenen Rechtssätze.

[259]) Vgl. o. Ziff. 1 und 2 S. 62 f., und S. 44 f. Dies. Ans. v. Liszt-Schmidt S. 255 f., Frank 18. Aufl. S. 183, Hegler Jahreskurse III S. 170, Anm. 47, Mezger Lehrb. S. 328.

unbeachtlich sein — es handelt sich um den Mangel einer Kenntnis, Vorstellung, deren Vorliegen nicht Voraussetzung vorsätzlichen (im Sinne von psychologisch-vorsätzlichen und i. S. von dolosen) Handelns ist. Er ist trotzdem stets beachtlich, wenn und so weit dem Irrtum über die Rwkt. Relevanz beigemessen wird, da der Irrtum über die Rwkt. stets Folge dieses Irrtums ist, s. o. S. 6.

6. Der Irrtum betr. das Vorliegen eines dem Recht unbekannten unrechtausschließenden Rechtssatzes — die irrige Annahme, ein solcher finde auf die richtig erkannte tatsächliche Sachlage Anwendung (S. 5 Ziff. 2 b, bb) — ist für sich allein gleichfalls unbeachtlich, da ebenso, wie Kenntnis des Verbotsrechtssatzes, der auf die konkrete Tat Anwendung findet, nicht Vorsatzvoraussetzung ist, Annahme eines dem Recht unbekannten Unrechtausschließungsgrundes nicht die Kraft hat, den im übrigen begründeten Vorsatz auszuschließen. Aber auch dieser Irrtum hat notwendig den Irrtum ü. d. Rwkt. zur Folge, so daß das Z. 5 Bemerkte auch hier gilt.

7. Die rechtsirrige Annahme des Zutreffens von Momenten eines Schuldausschließungsgrundes in concreto (o. S. 6 Ziff. 4 b, aa), z. B. Verkennung des Begriffs „unverschuldete Lebensgefahr" und der Rechtsirrtum betr. das Bestehen eines im Recht nicht anerkannten Schuldausschließungsgrundes (o. Ziff. 4 b, bb) sind per se ebenfalls unbeachtlich, da bei beiden Irrtumsformen, die zur Exkulpation (Ausschluß von Vorsatzschuld, bei unverschuldetem Irrtum auch Wegfall der Fahrlässigkeitsstrafe) führende abnorme Motivationslage nicht gegeben ist[260]).

8. Per se unbeachtlich ist der Irrtum über einen die Strafbarkeit außerhalb von Rechtswidrigkeit und Schuld bedingenden oder ausschließenden Sachverhalt[261]).

9. Unbeachtlich ist endlich der Irrtum betr. die Rechtsfolgen rechtlicher Mißbilligung, der Irrtum über die Strafbarkeit. Er ist kein Quellirrtum für den Irrtum über die Rwkt., sondern wie dieser Folgeirrtum, der regelmäßig zusammen mit ihm auftritt, aber auch für sich allein vorkommen kann.

10. Der Irrtum über strafmildernde und straferhöhende Umstände soll hier außer Betrachtung bleiben. Er stellt ein Sondergebiet des Irrtums dar, das selbständiger Darstellung bedarf[262])[263]).

---

[260]) S. Hegler Z. 36 S. 216, Anm. 113 Mitte, Goldschmidt a. a. O. S. 167 bei Anm. 23.

[261]) Die ratio dieser Momente findet sich klar bei Hegler, Z. 36 S. 223 f., bes. Anm. 123, Fr.-Festschr. I, S. 291 f., Anm. 3. Ueber den Irrtum betr. diese Momente richtig v. Liszt-Schmidt § 40 S. 270 f., Mezger Lehrb. nur richtig betr. Irrtum über objektive Strafbarkeitsbedingungen S. 309.

[262]) Vgl. Martens Strafr. Abh., Heft 246.

[263]) Hegler nennt in Jahreskurse III S. 170, Anm. 45 als weitere von E 27 nicht beachtete Möglichkeiten des Irrtums zugunsten des Täters: den Irrtum über Rechtsanwendungsrecht und den Irrtum über Prozeßvoraussetzungen. Diese Formen können als Tat- oder Rechts- (Subsumtions-) Irrtum oder Irrtum über die Bedeutung in toto qua Rechtsanwendungsvoraussetzungen, Prozeßvoraussetzungen auftreten. Als Quellirrtum für den Irrtum über die Rwkt. kommen sie (nur die beiden erstgenannten Formen) höchstens zusammen mit einem Irrtum betr. Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes, o. S. 5 Ziff. 2b, bb in Betracht, s. entsprechend o. S. 6 Anm. 23.

Mit dieser Zusammenstellung der für sich allein relevanten, und der an sich irrelevanten Formen von Quellirrtümern ist das Gebiet für die besondere Beachtlichkeit des Irrtums über die Rwkt. klar umgrenzt. Selbständige Bedeutung kommt ihm nicht zu, wo Quellirrtümer per se beachtlich und von gleich starker oder stärkerer schuld- und strafbefreiender Wirkung sind. Dies ist der Fall beim Irrtum betr. Tatbestandsmerkmale und betr. Unrechtausschließungsgründe in den Grenzen der für den Vorsatz erforderlichen Tatsachen- und Bedeutungskenntnis[264]), und bei tatirriger Annahme einer Sachlage, die eine schuldbefreiende Motivationslage darstellen würde, im Fall S. 66 (nur s. S. 6 Anm. 23!). Es sind die Fälle im Schema o. S. 4 f., Ziff. 1 a, 1 b, aa, 2 a, 2 b, aa(im Rahmen der zum Vorsatz erforderlichen Bedeutungskenntnis), und Ziff. 4 a.

Beachtlich ist der Irrtum über die Rwkt.

1. wenn der Quellirrtum Subsumtionsirrtum betr. Tatbestandsmerkmale (Schema Ziff. 1 b, aa) oder betr. Unrechtausschließungsgründe (Ziff. 2 b, aa) außerhalb der für den Vorsatz erforderlichen Bedeutungskentnnis ist[265]).

2. ferner, wenn der Quellirrtum Irrtum über die Existenz eines — vom Recht anerkannten — Verbotsrechtssatzes (Schema Ziff. 1 b, bb) oder

---

[264]) Den Irrtum betr. einen unrechtausschließenden Sachverhalt (S. 5 Ziff. 2a, 2b, aa) behandeln lediglich als Irrtum über die Rwkt., nicht als per se beachtlichen Irrtum Beck a. a. O. S. 21, Weiz S. 18 2c, Dohna, Recht und Irrtum S. 22 f., bes. S. 27 (s. schon oben S. 19 Anm. 68), wo er sich gegen § 11 II des E 19 wendet (die bessere Einsicht auf S. 28 o.). Da Beck bei Irrtum über die Rwkt., wenn er verschuldet ist, nur Fahrlässigkeitsstrafe im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte vorschlägt (Schema S. 57 f. 1 B, b, bb, α) bringt seine Auffassung für die praktische Behandlung des Irrtums über einen unrechtausschließenden Sachverhalt keinen Nachteil. Anders bei Weiz, der den Irrtum betr. Merkmale eines Unrechtausschließungsgrundes ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkt des Verbotsirrtums (Folgeirrtums über die Rwkt.) Beachtlichkeit beimißt und in den Fällen, wo dieser Irrtum unentschuldbar ist, nur Strafmilderung in bestimmtem Rahmen vorschlägt, also diesem Irrtum zu geringen Einfluß auf die Strafmilderung bzw. Nichtbestrafung zubilligt. Schema S. 57 f. 1 B, b, bb, β), Dohna ist unentschieden (S. 57 f. 1 B, b, bb, α oder β, Recht und Irrtum S. 18 f. Wie sehr Dohna selbst betr. die Richtigkeit seiner Auffassung, der Irrtum betr. unrechtausschließende Momente sei nur als Irrtum über die Rwkt. zu werten, R. und Irrtum S. 27, schwankt, zeigt die Gegenüberstellung der beiden Stellen S. 22: „Die dem Rechtsirrtum zugedachte anderweite Behandlung kann also nur demjenigen (sc. Irrtum) zukommen, der den Vorsatz unberührt läßt und sich ausschließlich auf das Verbotensein der Tat bezieht", und S. 25: „Wenn das Bewußtsein, einen Tatbestand zu verwirklichen, den das Gesetz verbietet, den Vorsatz begründet, so muß der Glaube, einen Tatbestand zu verwirklichen, den das Gesetz erlaube" (darunter versteht Dohna in erster Linie den Irrtum betr. einen Unrechtausschließungsgrund im Sinne v. o. S. 5 Ziff. 2a, Ziff. 2b, aa), „den Vorsatz ausschließen". Damit zeigt Dohna selbst, daß dieser letztere Fall nicht zu dem „den Vorsatz unberührt" lassenden „Rechtsirrtum" zu schlagen ist.

[265]) Der Täter weiß, daß Urkundenfälschung strafbar ist, glaubt aber (s. schon o. S. 119), das von ihm als zum Nachweis von Rechten u. U. als erheblich erkannte, von ihm mit falscher Namensunterschrift versehene Schriftstück sei keine „Urkunde" und glaubt deshalb, sein Handeln sei nicht verboten.

3. Irrtum über das Vorliegen eines — in Wahrheit vom Recht nicht anerkannten — unrechtausschließenden Rechtssatzes (Schema Z. 2 b, bb) ist. Dabei ist zu beachten, daß auf dem Umweg über diesen letztgenannten Irrtum auch die per se irrelevanten Irrtumsformen o. S. 67 Ziff. 7 und 8 und der per se relevante Tatirrtum betr. schuldausschließende Sachlage, o. S. 65 f., Quellirrtümer für den — relevanten — Irrtum über die Rwkt. sein können (s. o. S. 6 Anm. 23).

Als Ergebnis bleibt: Der Irrtum über die Rwkt. schließt immer, auf welchem Quellirrtum er auch beruhe, den Vorsatz aus (Schema S. 57 f. 1 B a, aa). Beruht er auf Fahrlässigkeit, so ist er strafbar, aber milder zu bestrafen (Schema S. 57 f. 1 B b, bb, β). Liegt ein Quellirrtum der o. S. 62 f. zu Ziff. 1 und 2 genannten Art zugrunde (Schema o. S. 4 f. Ziff. 1 a, 1 b, aa, 2 a, 2 b, aa), so ist dieser für sich allein ohne Rücksicht auf das gleichzeitige Vorliegen des Folgeirrtums über die Rwkt. beachtlich. Ist der Quellirrtum ein Irrtum über einen schuldauschließenden Sachverhalt — in Verbindung mit dem Irrtum betr. einen unrechtausschließenden Rechtssatz, S. 5 Ziff. 2 b, bb — so ist — aber nur dann — in den Fällen, wo dieser Quellirrtum auf Fahrlässigkeit beruht, auf diesen Quellirrtum abzustellen, s. das o. S. 65 Bemerkte, da insoweit nach der hier de lege ferenda für richtig erkannten und richtiger Ansicht nach auch schon de lege lata zutreffenden[266]) Auffassung diesem Quellirrtum aus dem ihm eigentümlichen Exkulpationsgesichtspunkt — abnorme Motivationslage — ein stärkerer Einfluß auf die Straffolgen zukommt als dem Folgeirrtum über die Rwkt. (s. o. S. 66).

§ 11. Die Folgerungen für die Gesetzesfassung de lege ferenda.

I.

1. Die grundsätzliche Frage, ob und in welchem Umfang zweckmäßig ist, Bestimmungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Bestimmungen über den Irrtum in das künftige Strafgesetz aufzunehmen, kann nur kurz gestreift werden. Die Argumente, die dafür und dawider ins Feld geführt werden, sind immer wieder die ähnlichen. Für die Kodifikation spricht das dringende Bedürfnis, gegenüber dem Streit der Auffassungen in der Rechtslehre für die Praxis gesicherte, greifbare Richtpunkte festzuhalten, ein Bedürfnis, das gerade in den umstrittensten Bezirken am stärksten hervortritt. Gegen die gesetzliche Festlegung wird immer wieder eingewendet, man dürfe der Entwicklung der Rechtslehre nicht durch starre Gesetzesprägungen hinderlich sein. Die Entscheidung für eine dieser Grundauffassungen kann nur für das Vorsatz- und Irrtumsgebiet gemeinsam getroffen werden, sonst wird man dem unlösbaren Zusammenhang von Schuld und Irrtum nicht gerecht. Dabei ist zu beachten, daß angesichts dieses inneren Zusammenhangs gesetzliche Schulddefinition und gesetzliche Irr-

[266]) S. Hegler Z. 36 S. 216, Anm. 113 und o. S. 65 Anm. 257.

tumsregelung in reziprokem Verhältnis zueinander stehen müssen. Wo Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen im Gesetz in extenso bestimmt werden, ist die Irrtumsregelung mitgetroffen[267]), eine gesonderte Irrtumsregelung erübrigt sich. Wo klare Irrtumsvorschriften geprägt sind, läßt sich aus ihnen die entspr. Schuldseite sicher bestimmen, dort sind also entsprechende gesonderte Vorschriften über die Schuld überflüssig geworden. Eine merkwürdige Inkonsequenz hierin bekundet der E 25. In S. 12, Sp. 2 Begr. wird eine Begriffsbestimmung der Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit abgelehnt, weil eine allgemein befriedigende Umschreibung der Voraussetzungen der strafbaren Handlung — bei anerkanntem sachlich weitgehendem Einverständnis — den größten Schwierigkeiten begegne, S. 14, Sp. 2 wird aber andererseits gesagt, einer Stellungnahme zur Irrtumsfrage dürfe sich der Gesetzgeber nicht entziehen, weil die gegenwärtige Praxis des RG. von der Rechtslehre einhellig abgelehnt werde, ohne daß es bisher gelungen sei, eine allseitig anerkannte oder auch nur herrschende Lehrmeinung über die Behandlung des Rechtsirrtums aufzustellen. Auch Kahl ist jenem Zusammenhang nicht gerecht geworden, wenn er im Strafrechtsausschuß[268]) das dringende Bedürfnis Vorsatz und Fahrlässigkeit im Gesetz festzulegen, anerkennt, die Bedeutung der Irrtumsregelung aber gering wertet.

Wo das Gesetz einen Teil der Schuldvoraussetzungen positiv, von der Schuldseite her regelt, wird man annehmen dürfen, daß hier der Gesetzgeber den größeren Mut zum grundsätzlichen Bekenntnis hat. Die Form der negativen, der Irrtumsregelung wird der Gesetzgeber dagegen mehr für die Gebiete wählen, in denen er eine grundsätzliche Stellungnahme für unratsam, weil noch nicht genügend gesichert hält. So ist die Frage nach der Beachtlichkeit des Unrechtsbewußtseins bis heute von allen Entwürfen von der negativen Seite her angefaßt worden. Die einzige Ausnahme bildet der Münchner E, der nicht von Politikern verfaßt wurde und unter dem fühlbaren Einfluß dreier Rechtslehrer stand, von denen zwei sich gerade um die Probleme der Rechtswidrigkeit und Schuld ganz besondere Verdienste erworben haben: Beling und Frank[269]).

2. Daß angesichts des Zwiespalts zwischen Rechtslehre und Praxis und der theoretisch und praktisch gleich unbefriedigenden Stellung des RG. gerade in der Frage des Unrechtsbewußtseins, des I. über die Rwkt. ein starkes Bedürfnis nach Regelung im Gesetz besteht, ist unbesritten. Strittig ist nur, ob die Gegengründe das Für nicht überwiegen. Hiezu ist zu sagen, daß nach der praktischen, der Strafseite, nach der sich das Gesetz seinem Zweck nach vor allem auszuwirken hat, eine gar so große Zerrissenheit in der Rechtslehre gar nicht mehr besteht, und daß auch über die Kluft zwischen Rechtslehre und Praxis schon Brücken geschlagen sind. Solche Brücken sind die Bundesratsverordnung vom

[267]) Vgl. Münchner E 1922 §§ 11—14, S. 10/11.

[268]) 32, 8, 3, 1/2 vgl. mit 32, 9, 4, 2.

[269]) Der Ausschuß der Münchner Jurist. Studienges. bestand aus 3 Hochschullehrern, einem Richter, einem Mitgliede der Staatsanwaltschaft und zwei Rechtsanwälten.

18. 1. 1917 und die RAbgO. in ihrem § 358[270]). Diese gesetzlichen Regelungen sind noch ängstlich von jeder Beziehung zur Frage des Verschuldens freigehalten, und ängstlicher noch betont das RG. in seinen Entscheidungen, daß die strafbefreiende Wirkung am Verschulden des Täters nicht im geringsten etwas ändern wolle. Von anderer Seite ist aber ein weiterer Schritt auf dem Weg der Verständigung zwischen Praxis und Theorie gemacht worden. Das Bayrische Oberste Landesgericht hat in betontem Gegensatz zu der Rechtsprechung des RG. über den Rahmen jener gesetzlichen Sonderregelungen hinaus an der Schranke zu rütteln gewagt, die den irrelevanten strafrechtlichen vom relevanten außerstrafrechtlichen Irrtum über die Rwkt. scheidet.

„Der Senat hat bereits wiederholt den Grundsatz von der Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums durchbrochen, wenn auch das geringste fahrlässige Verschulden des Irrenden ausgeschlossen war"[271]).

Innerhalb der Rechtslehre fordert eine große Gruppe (s. o. S. 47) Beachtung des Irrtums über die Rwkt. in toto, sei es, daß er schlechthin oder nur als entschuldbarer den Vorsatz ausschließen soll (s Schema S. 57 f. 1 B, b, aa oder bb). Die Uneinigkeit betr. die positive Behandlung bleibt im ersteren Fall beschränkt auf die Frage, ob der Täter bei unentschuldbarem Irrtum über die Rwkt. durchgängig, aber milder zu bestrafen oder ob er nur im Falle allgemeiner Strafbarkeit fahrlässiger Begehung wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen sei (Schema a. a. O. 1 B, bb, β oder α). Auch in den Entwürfen besteht seit E 19 in beträchtlichem Umfang nach der Seite der Rechtsfolgen Einigkeit. Entschuldbarer I. ü. d. Rwkt. befreit nach allen Entwürfen von Strafe. Unentschuldbarer fällt entweder unter fakultativ (E 27, § 20) oder obligatorisch (E 19, § 12, vgl. auch Goldschmidt JW. 1922, S. 252 § 21) zu gewährende Strafmilderung (1 B, b, bb, β) oder ist nur bei Fahrlässigkeitsdelikten in deren Strafrahmen strafbar (E 25 § 13, Abs. 2, Schema 1 B, b, bb, α.)

Bei dieser Sachlage sollten grundsätzliche Bedenken gegen die Regelung des Irrtums über die Rwkt. im künftigen deutschen Strafgesetz nicht mehr allzu schwer ins Gewicht fallen.

II.

Nach dem jetzigen Stand der Strafgesetzreform ist die Regelung des Irrtums über die Rwkt. in einer Vorschrift zusammengefaßt:

§ 20.

Irrtum über die Rechtswidrigkeit.

Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder den Täter straffrei machen würde, kann wegen vor-

---

[270]) Ueber dieses Gesetz v. Hippel, Bws. der Rwkt. 1924; S. 11: „ein ganz außerordentlicher Erfolg des prinzipiellen Standpunktes".

[271]) Höchstrichterl. Rspr. 1, 1925, S. 202, mit der richtigen Anmerkung, es handle sich in allen diesen Fällen „nicht um einen eigentlichen Strafrechtsirrtum, ... sondern um einen I. ü. d. Rwkt. oder Erlaubtheit der Handlung". Vgl. auch Höchstr. Rspr. 1, S. 348/49.

sätzlicher Begehung nicht und wegen fahrlässiger Begehung nur dann bestraft werden, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. (Der Satz 2 betr. Irrtum über Strafmilderungsgründe interessiert hier nicht.)

Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem entschuldbaren Rechtsirrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei; ist der Irrtum nicht entschuldbar, so ist der Täter strafbar, aber milder zu bestrafen (§ 73).

1. Hieran ist einmal zu tadeln die Zusammenfassung des Abs. 1 und 2 in einer Vorschrift unter der Ueberschrift „Irrtum ü. d. Rwkt.". Der Tatirrtum über eine unrechtausschließende Sachlage (o. S. 5, Z. 2 a), den der Abs. 1 — dort als Quellirrtum für den Irrtum über die Rwkt. — behandelt, verdient selbständige Beachtung (Schema S. 57 f., 2 b, aa). Er betrifft, wie der Irrtum über Tatbestandsmerkmale (Schela S. 57 f., Z. 2 a, aa) positive, so seinerseits negative Voraussetzungen für die Bewertung der Tat als Unrecht, deren Falschvorstellung selbständige, vor der Kenntnis der Bewertung selbst zu prüfende Vorsatzvoraussetzung ist[272]). Auch wenn ein gegenläufiger Irrtum betr. die Qualifikation der vorgestellten Sachlage als Unrechtsausschließungsgrund die Entstehung des Folgeirrtums über die Rwkt. verhindert, s. o. S. 24, A. 96 und der Täter dann zwar tatirrtümlich eine unrechtausschließende Sachlage für gegeben hält, aber in Unkenntnis ihrer Bedeutung mit dem Bewußtsein, Unrecht zu tun, handelt, verliert ersterer Irrtum nicht seine vorsatzausschließende Wirkung (Schema S. 57 f., 2 b, aa, α). Beruht er auf Fahrlässigkeit, so ist Fahrlässigkeitsstrafe möglich.

Aus der Ungleichheit in der Fassung der beiden Absätze des jetzigen § 20 ist oben[273]) gefolgert worden, daß es dem Gesetzgeber mit der Einreihung des I. über einen unrechtausschl. Sachverhalt unter den I. ü. d. Rwkt. selbst nicht so sehr ernst zu sein scheint. Aber Folgerichtigkeit und Klarheit im neuen Gesetz erheischen, daß die Hintergründe verschiedener Behandlung zu Gründen klarer Scheidung und richtiger Formung des Gesetzes werden.

2. Wenn der Gesetzgeber im Abs. 1 des § 20[274]) die Beziehung des Irrtums nicht zur Schuld, sondern nur zur Rechtsfolge regelt („kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht ... bestraft werden", Schema 1 B, a, bb, undeutlich), so lassen sich für diese Zurückhaltung des Gesetzgebers verständige Gründe geltend machen. Dieselbe Zurückhaltung übte auch der E. 25 § 13 Abs. 1 und Begr. S. 16 Sp. 1 oben. Aus dieser Zurückhaltung tritt aber der Entw. im zweiten Abs. des § 20 heraus und sagt durch den Eingang: „Handelt der Täter vorsätzlich[275]), aber" ... positiv aus, der in § 20 Abs. II behandelte Irrtum sei ohne allen Einfluß auf die Vorsatzschuld (Schema 1 B, a, bb, hier klar). Damit lädt der Entwurf den Vorwurf auf sich, den Gleispach[276])

[272]) Vgl. oben § 8 S. 24 Anm. 96 und § 10 II S. 62 f., insb. auch betr. die Stufenfolge der Irrtumsprüfung.

[273]) § 6 II Ziff. 3, oben S. 28 im Zusammenhalt mit der Begr. zu E 27.

[274]) Im folgd. ist mit „§ 20" immer § 20 der Kommissionsfassung gemeint.

[275]) Vorsatz ist hier gewiß als vorsätzliche Schuld gemeint.

[276]) Strafges. E. 1921, S. 20.

wegen des ähnlich gefaßten § 12 Abs. 1 E. 19 gegen diesen erhebt: „Der E. verrammelt sich aber, fast möchte ich sagen: eigensinnig den Weg, indem er bestimmt": (folgt § 12 Abs. 1 E. 19). Die Berechtigung solcher Kritik an dem Versuch völliger Leugnung eines Zusammenhangs zwischen I. ü. d. Rwkt. und Vorsatzschuld ist nicht mehr neu zu erweisen, sie folgt aus dem grundsätzlichen in den §§ 7—9 oben entwickelten Standpunkt. Zimmerl[277]) sagt über diese Vorschrift: „Die Folge davon ist, daß man nach dem Entwurf vorsätzlich handeln und wegen fahrlässiger Begehung bestraft werden kann, ja sogar vorsätzlich handeln und dabei schuldlos sein kann." Der Eingang des § 20 II sollte daher beseitigt werden.

3. Im Abs. 2 des § 20 ist ferner nur der „Rechtsirrtum" als Quell· irrtum des I. ü. d. Rwkt. genannt. Zwar sind alle nicht selbständig relevante (s. o. S. 66 f.) Quellirrtümer, auch die „tatsächlichen"[278]), unter § 20 II subsumierbar, da sie nur zusammen mit einem zweiten, rechtlichen Quellirrtum — Irrtum über Existenz eines unrechtausschließenden Rechtssatzes[279]) — den Irrtum über die Rwkt. zur Folge haben können. Aber die Fassung ist in diesem Punkt doch mißverständlich, während der Wegfall der Unterscheidung zwischen tatsächlichem und rechtlichem Quellirrtum keine neuen Schwierigkeiten für die Subsumtion der Irrtumsfälle unter das Gesetz bereiten würde. Es ist nur nötig, die Stufenfolge der Schuldvoraussetzungen auch für die Irrtumsfrage stets im Auge zu behalten[280]).

Soll sonach innerhalb der für § 20 II verbleibenden möglichen Quellirrtümer (S. vor. Seite) nicht mehr zwischen Tat- und Rechtsirrtum geschieden werden, so bleibt das Gesetz von einer Nennung beider Arten in § 20 am besten frei, zumal Wert und Möglichkeit dieser Unterscheidung ernstlich bestritten wird, vgl. oben S. 4, Anm. 16.

4. Für die Benennung des Folgeirrtums selbst stehen zwei Wendungen, eine positive und eine negative zur Wahl. Positiv wenden VE. § 61, GE. § 23, E. 13 § 114, E. 19 § 12, Goldschmidt JW. 1922 S. 253 § 21, die Formulierung Kahl (32, 9, 10, 1[281]), letztere in der Fassung:

---

[277]) Z. L. v. Tatb., S. 81.

[278]) S. o. S. 66, S. 67 Ziff. 8 f.

[279]) Vgl. hierüber oben S. 6 Anm. 23, S. 69, Ziff. 3.

[280]) Diese Stufenfolge muß bei jeder Irrtumsregelung beachtet werden, die nicht für alle Irrtumsarten eine uniforme Rechtsfolge verhängt, wenn man zu teleologisch richtigen Ergebnissen kommen will. Z. B. fällt unter § 20 II dem Wortlaut nach auch der Rechtsirrtum betr. Tatbestandsmerkmale (S. 5 Z. 1 b, aa), auch soweit die Kenntnis dieser Momente (Bedeutungskenntnis) zum Vorsatz erforderlich ist, der Irrtum über sie also per se relevanter Bedeutungsirrtum betr. Tatbestandsmerkmale ist. Goldschm. JW. 22 S. 254 Sp. 2 will diesen Irrtum in der Tat unter die Bestimmung betr. den „Rechtsirrtum", § 21 das., der dem § 20 II entspricht, einordnen. Gleichlaufende Zweifel finden sich bei Dohna R. u. I., S. 21 betr. die Einordnung des „Tatirrtums" (in seiner Irrtumsauffassung, s. o. S. 7, Anm. 27) bei Einfügung des von v. Hippel vorgeschlagenen § 59a ins StGB. Bei richtiger Beachtung der Stufenfolge der Schuldvoraussetzungen wird man die selbständige Beachtlichkeit solcher Quellirrtümer nicht übersehen.

[281]) Kahl hat sie, wie erwähnt, nur dem Aussch. mitgeteilt, aber nicht zum Antrag erhoben.

„Hat der Täter .. seine Tat für eine erlaubte gehalten." Negative Fassung haben E. 25 § 13, E. 27 § 20, der jetzige § 20 II, die Ausschußanträge Nr. 41 Z. 8 (32, 9, 1, 1), Nr. 38 (32, 9, 1, 1), Nr. 28 und 30 (21, 6, 8, 2), „in einem ..... irrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt" (§ 20 II). Der Erkenntnis, daß bei allem Irrtum nicht die positive falsche Vorstellung, sondern der Mangel zum Vorsatz erforderlicher Kenntnis entscheidet, entspricht besser die negative Umschreibung. Schon oben wurde für die Aufteilung des Gebiets des Zweifels die Grenzlinie des dolus eventualis auch für das Unrechtsbewußtsein als richtig erkannt. Auch mit dieser Grenzziehung läßt sich die negative Umschreibung vereinbaren, wenn auch vielleicht die positive der Anwendung des dol. ev. noch besser entsprechen würde. Eine Hereinnahme des dol. ev. in die Gesetzesvorschrift über den Irrtum ist kaum zweckmäßig, da selbst bei Verwendung der knappen Formel Gleispachs: „Erkenntnis (hier negativ: ‚Unkenntnis') der Möglichkeit des Unerlaubten" die Vorschrift schwerfällig und zu schwer verständlich — insb. für Laienrichter — zu werden droht[282]). Eine harmonische Einbeziehung des dol. ev. in das Kenntnismoment betr. die Rwkt. war bei der Regelung des Münchner E., von der Vorsatzseite, nicht der Irrtumsseite her möglich. Der dort vorgeschlagene § 11 lautet:

„Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen und im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verwirklicht. Vorsätzlich handelt auch, wer die Verwirklichung des Tatbestandes oder die Rechtswidrigkeit nur für möglich hält, jedoch mit ihr einverstanden ist." Aber eine Berücksichtigung des Unrechtsbewußtseins in dieser grundsätzlichen Form einer Vorsatzdefinition ist zunächst de lege ferenda nicht zu erwarten.

Zu billigen ist die Verwendung des Ausdrucks „das Unrechtmäßige" (s. o. § 9 III 3 c, S. 53), zu billigen auch die Regelung der Straffolgen im § 20 II (s. ob. § 10, Schema 1 B, b, bb, ß). Ein Hinweis auf die Gleichwertigkeit der Kenntnis der materiellen Rechtswidrigkeit, der Gemeinschädlichkeit mit der Kenntnis des Unrechts im Gesetzeswort ist wohl nicht wünschenswert; ein Hinweis in den Gesetzesmaterialien kann hier die grundsätzliche Tendenz des Gesetzes klarstellen, das nähere betr. den Inhalt muß der ferneren Klärung durch Rechtslehre und Praxis vorbehalten bleiben.

Dagegen ist zu fordern, daß das neue Gesetz schon in seiner Fassung Klarheit darüber bringt, daß es verschuldeten Irrtum über die

---

[282]) Gleisp., MSchrKrPs. 16, S. 227 f., S. 231. Bei einer Irrtumsvorschrift etwa des Inhalts: „Handelt der Täter in einem Irrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei. Irrt er fahrlässig, so bleibt er strafbar, ist aber milder zu bestrafen (§ 73)", ließe sich allerdings der Satz Gleispachs: (a. a. O. S. 231): „Wer zweifelt, ob er Unerlaubtes" (besser: Unrechtmäßiges) „tue, aber gleichwohl handelt, haftet wegen vorsätzlichen Delikts", wohl als zweiter Absatz denken, der auch einfachem Verständnis nicht verschlossen bliebe. Der letzte Halbsatz könnte vielleicht dann richtiger lauten: „....., haftet voll wegen vorsätzlicher Begehung".

Rwkt. nur in der Form fahrlässigen Irrtums gibt, ein besonderer Schuldmaßstab für die Bewertung dieses Irrtums abgelehnt wird. Eine solche Einheit der Verschuldensvoraussetzung (Fahrlässigkeit) braucht bei der Verschiedenheit der Gesamtlage von sog. „Tatsachen-" und sog. „Rechts"-Fahrlässigkeit — dort fahrlässige Unkenntnis der Tatbestandsverwirklichung und ihrer Rechtswidrigkeit, hier Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung, fahrlässige Unkenntnis nur ihrer Rechtswidrigkeit — nicht notwendig Gleichheit der Rechtsfolgen zu bedingen[283]).

5. Noch ist dem oben Ziff. 1 vom Abs. 2 des § 20 abgetrennten und als Irrtum über einen unrechtausschließenden Sachverhalt selbständig gestellten Abs. 1 des § 20 kurze Beachtung zu schenken. In seiner Ausschußfassung ist er eben noch nicht reiner I. über einen unrechtausschl. Sachverhalt, sondern über einen Sachverhalt, „der die Tat rechtfertigen oder den Täter straffrei machen würde". Wie oben § 6 zu II dargetan wurde, ist aus den Beispielen der Begr. zu E. 27 S. 18 Sp. 1 ersichtlich, daß der Entwurf und mit ihm die Ausschüsse[284]) unter jenen Worten den Irrtum über einen schuldausschließenden Sachverhalt, dessen typisches Beispiel der Notstand des § 54 StGB., § 25 Abs. 2 Halbs. 2 E 27 ist, und den Irrtum über einen nur strafbefreienden Sachverhalt berücksichtigen wollte. Vom Standpunkt der oben § 9 entwickelten, in § 10 auf die Irrtumsbehandlung angewandten Schuldauffassung aus ist der Irrtum über einen schuldausschließenden Sachverhalt zwar selbständig, aber nach seinem ihm eigenen Gesetz, der Wirkung auf die Motivationslage des Täters, beachtlich (s. übrigens die Einschränkung o. S. 66), der Irrtum über einen nur strafausschließenden Sachverhalt dagegen für sich allein unbeachtlich. Beide Irrtumsformen sind daher aus der Regelung des § 20 I nach dessen Lostrennung von § 20 II (oben Ziff. 1) herauszunehmen[285]). Ob der Irrtum über einen schuldausschließenden Sachverhalt wenigstens in seinem typischen Fall, dem des Putativnotstandes, wie in E. 25 geschehen, eine Sonderregelung im Gesetz erfahren soll, oder ob seine Behandlung der schon heute zum Teil auf richtigem Weg gehenden Praxis und der Rechtslehre zu überlassen sei, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht zu entscheiden[286]). Der Irrtum über einen strafausschließenden Sachverhalt, der nur, wenn er zusammen mit einem Irrtum über einen unrechtausschließenden Rechtssatz Quellirrtum des Irrtums über die Rwkt. ist, Beachtung verdient, findet diese Beachtung in § 20 II bei richtiger Beurteilung, (s. oben Ziff. 3, S. 73) schon nach dessen jetziger Fassung, zweifelsfreier aber dann, wenn die Beschränkung des § 20 auf den „Rechtsirrtum" wegfällt, wie dies oben Ziff. 3 vertreten wird.

---

[283]) Vgl. oben § 10 I 3, S. 60 f.

[284]) Vgl. Berichterstatter Lohmann in 32, 9, 1, 2 und die Tatsache, daß die Protokolle nicht einen Angriff gegen den § 20 I (E 27 § 17 II) in dieser Richtung ersichtlich machen.

[285]) Anders Mezger Lehrb. S. 338, der den E 27 in dieser Richtung billigt.

[286]) Vgl. oben § 5 II 3, S. 23.

III.

Den Forderungen, die an die Gestaltung des § 20 I zu stellen sind, ist sonach Genüge getan, wenn die Worte: „oder den Täter straffrei machen" aus ihm gestrichen werden, wenn er in dieser Fassung — etwa als § 19 a — selbständig gestellt und damit aus seiner Abhängigkeit vom Irrtum über die Rwkt. gelöst wird (Schema 2 b, aa). Eine solche Aenderung sollte beim gegenwärtigen Stand der Reform ohne sonderliche Schwierigkeiten durchführbar sein.

Der Abs. 2 des § 20, alsdann einziger Absatz der Bestimmung, müßte von dem hier entwickelten Standpunkt aus etwa lauten[287]):

„Handelt der Täter in einem Irrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt[288]), so ist er straffrei. (Schema S. 57 f. 1 B, gemeint ist a, aa, α undeutlich, s. sofort.) Irrte er fahrlässig, so bleibt er strafbar, ist aber milder zu bestrafen (§ 73)". (Schema 1 B, b, bb, ß.)

Eine prinzipiellere Fassung müßte als Irrtumsregelung etwa lauten:

„Nicht vorsätzlich handelt, wer aus Irrtum das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennt" (deutlich Schema S. 57 f. 1 B, a, aa). „Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so bleibt der Täter[289]) strafbar, ist aber milder zu bestrafen (§ 73)" (Schema 1 B, b, bb, ß).

Wenn man allerdings grundsätzliche Stellungnahme im Gesetz wünscht, dann ist eine Regelung innerhalb der Vorsatzdefinition, wie sie der Münchener E. trifft, der Irrtumsregelung vorzuziehen. Doch dürfte heute berechtigten Anforderungen an die Regelung des Irrtums über die Rwkt. im künftigen Strafgesetz genügt sein, wenn die Gesetzesfassung richtiger wissenschaftlicher Erkenntnis nicht im Wege steht und dieser Erkenntnis gemäße Rechtsfolgen ausspricht. Diesem Verlangen dürfte die erstgenannte Fassung genügen[290]). Eine spätere Epoche, die in der Rechtswissenschaft und in der Politik zu größerer Einigkeit vorgeschritten ist, mag grundsätzlichere Formulierungen zum Gesetz erheben.

---

[287]) S. auch schon oben S. 75 Anm. 282.

[288]) Mit der Fassung: „in einem Irrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt", ist nicht etwa nur dasselbe („Irrtum", „nicht erkennen läßt") zweimal gesagt. Sie läßt vielmehr schon im Gesetzeswortlaut erkennen, daß jedes „Nichterkennen des Unrechtmäßigen", d. h. jeder I. ü. d. Rwkt. auf einen weiteren Irrtum, einen Quellirrtum zurückführbar ist. Vgl. auch oben S. 22 Anm. 91.

[289]) Nicht ratsam ist die Formulierung: „.... so bleibt der Täter wegen Rechtsfahrlässigkeit strafbar ....", da der Begriff „Rechtsfahrlässigkeit" in der Rechtslehre noch nicht genügende Anerkennung gefunden hat und in seinem Inhalt schwankt. Im Sinne der oben formulierten Irrtumsvorschrift würde unter Rechtsfahrlässigkeit zu verstehen sein der Folgeirrtum über die Rwkt., soweit er auf fahrlässigen Irrtum (fahrlässige Nichtkenntnis, Nichtvorstellung) betr. Momente, die außerhalb der zum Vorsatz im psychologischen Sinn erforderlichen Kenntnis liegen bei im übrigen vorsätzlicher (im psychologischen Sinn) Tatbestandsverwirklichung zurückzuführen ist.

[290]) Mit ihr sind wir recht nahe an die Form des § 13 E 25 herangekommen. Richtig verstanden, erfüllt diese Vorschrift die Forderung klarer Irrtumsregelung im

§ 12.

Schlußwort.

Wir sind am Ziele des vorgezeichneten Weges angelangt. Sonst begangene Wege führten zuweilen ins Gestrüpp unübersichtlicher Einzellösung, weil der Wegbauer allzusehr nur auf den Abschnitt des Pfades sah, den er gerade ging. Mancher andere, in dem Bemühen, nur ja die gerade Richtung aufs Ziel zu halten, schlug Brücken über festes Land, das es doch aufzuschließen galt, und über der Kühnheit seines Baus übersah er, daß er entfernt vom Ziele blieb, das unten auf der überbauten Erde lag. Daneben ist mancher gute Pfad nahe ans Ziel geführt worden, der beide Gefahren zu meiden wußte. Auch die vorliegende Arbeit suchte diese Gefahren zu bannen. Ihre Schuldauffassung ist in den festen Rahmen gestellt: Schuld ist nur möglich bezogen auf rechtswidriges Verhalten, sie ist Einzeltatschuld. Ueber den Streit in der Schuldlehre, der auch innerhalb dieses Rahmens nicht geringen Umfang hat, klagt Gleispach[291]): „So viele Schriftsteller bisher mit dem Schuldproblem sich beschäftigt haben, so viele Schulddefinitionen ungefähr haben wir bereits, und das sind demnach nicht gerade wenige." Ihm entgegnet aber Mezger[292]) mit Recht, daß — wenigstens innerhalb des genannten Rahmens — „die scheinbar oft so schroffen Gegensätze vielfach in Wahrheit gar keine Gegensätze . . ., sondern nur Stufen in der Verwirklichung der Schuldidee" seien. Im Lichte dieser richtigen Erkenntnis wird mancher scheinbar polare Gegensatz zum bloßen Unterschied in der Erkenntnisstufe, oft zu weniger, zum bloßen Streit über die zweckmäßigere Darstellung[293]). (Man denke z. B. an den Gegensatz „Vorsatz" = Schuldart, dolus malus einerseits, „Vorsatz" = wertfreie Schuldvoraussetzung andererseits.) Was für die Schuld gilt, gilt für den Irrtum. Wieviel grundsätzlich Gegensätzliches ist aus der Regel — Ausnahmeformulierung Tatbestandsmerkmale — Unrechtausschließungsgrund, aus der Gegenüberstel-

---

Rahmen einer geläuterten Schuldauffassung in hohem Maß. Auch für § 13 E 25 gilt: „Schützet ihn vor seinen Freunden". Macht man sich von der Uebersteigerung des Unrechtsbewußtseins in seiner Bedeutung für den Schuldbegriff (Schema S. 57 f. 2a, bb, 2 b, bb), frei, wie sie vor allem Beck a. a. O. S. 28 f. und öfters betreibt — auch Dohna ist von ihr nicht frei (Recht und Irrtum S. 24 f. S. 25 u.: „nur deshalb kommt ihm überhaupt Beachtlichkeit zu", S. 26 f., 27 u.) — und anerkennt man die selbständige Relevanz des Irrtums betr. Tatbestandsmerkmale und des Irrtums betr. unrechtausschließende Sachlagen (Schema ad S. 57 f. 2a, aa und 2b, aa), besonders in der Stufenfolge der Schuldvoraussetzungen (o. S. 64 f.), so kann man aus der Fassung des § 13 E 25 stets richtige Lösungen gewinnen. Eine ausdrückliche selbständige Regelung des Irrtums betr. Unrechtausschließungsgründe (Putativnotwehr) bleibt aber wünschenswert. Vom Standpunkt dieser Arbeit trennt den E 25 außer diesem Wunsch im wesentlichen nur die Einbeziehung des Sittenwidrigen und die Gleichstellung von sog. „Tat"- und sog. „Rechts"-Fahrlässigkeit in den Rechtsfolgen in E 25. Nicht so sehr der § 13 des E 25, als vielmehr die Verkennung seiner Tragweite ist abzulehnen.

291) 1921, S. 9, Deutsch. StGE.

292) Lehrbuch 1931, S. 271.

293) Hegler, Z. 36, S. 184, Anm. 62, betr. die Schuldauffassungen: „. . . . übrigens ist die ganze Frage eine teminologische".

lung Tatbestandsmäßigkeit — Rechtswidrigkeit (hier schon „prinzipiellere" Gegensätzlichkeit) an Auffassungen betr. den Irrtum herausgelesen worden! Und doch sollte auch für den Irrtum Beachtung finden, was Gleispach 1921 S. 9 betr. die Schuld sagt: „Wenn wir uns einmal angewöhnen wollten, auch in der Wissenschaft mehr das Gemeinsame, Einigende und Inhaltliche zu suchen und zu betonen, als die Gegensätze auf die Spitze zu treiben und um Worte zu streiten, so wären wir von einer Verständigung über den Schuldbegriff nicht mehr so weit."

Lebenslauf

Am 11. Juni 1900 bin ich in Karlsruhe i. B. geboren. Meine Schulbildung genoß ich in der Volksschule Illingen OA. Maulbronn, dann in der Oberrealschule Kirchheim/Teck, die ich bis zur Untersekunda besuchte. Im Jahr 1914 trat ich in das Lehrerseminar Nürtingen ein, in dem ich im Frühjahr 1918, nach einer durch die Kriegsverhältnisse bedingten abgekürzten Ausbildungszeit, die erste württ. Dienstprüfung für Volksschullehrer ablegte. Kurz darauf, am 1. Juli 1918, wurde ich zum Heeresdienst zur Württ. Batterie der Bayr. Gebirgsartillerie-Abteilung in Sonthofen eingezogen und nach ½jähriger Dienstzeit am 31. 12. 1918 wieder entlassen. Vom Januar 1919 bis zum September 1922 war ich als Volksschullehrer zuerst in Oedenwaldstetten OA. Münsingen, dann in Eningen u. A., zuletzt noch in Reutlingen unständig verwendet. Im Oktober 1922 legte ich die Ergänzungsreifeprüfung für Volksschullehrer in Englisch und Mathematik ab und begann im Wintersemester 1922/23 das Studium der Volkswirtschaft auf der Universität Tübingen. Vom Sommersemester 1923 an ging ich zum Studium der Rechtswissenschaft über, im Juli 1923 bestand ich am Gymnasium in Tübingen die Reifeprüfung in Latein. Mein Studium verbrachte ich in Tübingen, mit Ausnahme eines Wintersemesters 1924/25 an der Universität Berlin. In Tübingen legte ich im Jahre 1928 die Erste Höhere juristische Staatsprüfung ab, genoß darauf die Ausbildung als Referendar beim Amtsgericht Reutlingen, beim Landgericht und der Staatsanwaltschaft Tübingen und bei Rechtsanwalt Dr. Heintzeler, Reutlingen, und absolvierte im Frühjahr 1931 am Oberlandesgericht Stuttgart die Zweite Staatsprüfung für den Höheren Justizdienst.

Im Jahre 1931 schrieb ich nach Ablegung der Assessorenprüfung meine Dissertation, für die ich auf Vorschlag des Herrn Kanzlers Professor Dr. Hegler das in vorliegender Arbeit behandelte Thema wählte. Am 14. November 1932 habe ich sodann nach Genehmigung der Arbeit durch den Herrn Referenten die mündliche Doktorprüfung bestanden.

Im November 1932 habe ich mich nach erfolgreicher Bewerbung um meine Zulassung beim Amtsgericht Reutlingen und Landgericht Tübingen als Rechtsanwalt in Reutlingen niedergelassen, nachdem ich im Sommer 1932 Gelegenheit hatte, durch mehrfache Betätigung in einem Anwaltsbüro als Hilfsarbeiter und Ferienstellvertreter mir praktische Erfahrung für den Beruf zu sammeln.

Karl Lillich.